

El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores *

Leticia Jericó Ojer

Universidad Pública de Navarra

JERICÓ OJER, Leticia. El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-24, pp. 1-56. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-24.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 20-24 (2018), 21 nov]

RESUMEN: El estudio analiza los efectos colaterales que la reforma del CP llevada a cabo por LO 1/2015, de 30 de marzo ha generado en la legislación penal del menor. Por un lado, la reforma del CP del año 2015 supuso, salvo excepciones, un endurecimiento punitivo sin parangón, con una técnica legislativa que no ha sido la deseable y, en ocasiones, carente de cualquier criterio de política criminal mínimamente coherente. Por otro lado, el legislador penal progresivamente ha ido relegando a un plano secundario esa inicial orientación preventivo especial educativa que debe inspirar la LORPM, para aproximarse de forma peligrosa a finalidades claramente aseguradoras. Siendo este el panorama, lo razonable hubiera sido sostener que la reforma del CP de 2015 contribuyó a empeorar o intensificar el tratamiento penal para los menores infractores. Sin embargo, es posible que la reforma del CP pueda suponer, de forma absolutamente imprevista por el legislador, un ligero regreso hacia algunos de aquellos principios que inspiraron la redacción originaria de la LORPM.

PALABRAS CLAVE: Reforma Código Penal, justicia penal juvenil, efectos colaterales.

ABSTRACT: The study analyzes the collateral effects that the reform of the Criminal Code carried out by LO 1/2015, 30 th. has generated in the minor's criminal legislation. On the one hand, the reform of the Criminal Code in 2015 meant, with some exceptions, an unparalleled punitive tightening, with a legislative technique that was not desirable and, at times, lacking any minimally coherent criminal policy criteria. On the other hand, the criminal legislator has progressively relegated to a secondary level that initial preventive special educational orientation that should inspire the LORPM, to approach in a dangerous manner for clearly insuring purposes. This being the scenario, it would have been reasonable to maintain that the reform of the CP of 2015 contributed to worsen or intensify the penal treatment for juvenile offenders. However, it is possible that the reform of the Criminal Code may imply, in a totally unexpected way by the legislator, a mild return to some of those principles that inspired the original writing of the LORPM.

KEYWORDS: Reform of the Criminal Code, juvenile criminal law, collateral effects.

Fecha de publicación: 21 noviembre 2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La desaparición de las faltas y su incidencia en la aplicación de la LORPM. 2.1. El cambio terminológico. 2.2. El delito leve como nueva categoría de infracción penal. 2.3. La ampliación de las posibilidades de desjudicialización por desistimiento en la incoación del procedimiento (art. 18 LORPM). 2.4. La limitación de la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2 LORPM): su aparente incidencia en la comisión de delitos menos graves. 3. La reducción de la pena de localización permanente en el CP de adultos. 3.1. Las repercusiones de la reforma del CP de 2015 en la aplicación de las medidas a imponer al menor (Art. 9.1 LORPM). 3.2. La importancia del principio de proporcionalidad (art. 8 LORPM) como límite a la imposición de medidas privativas de libertad en los delitos leves. 4. La inclusión de la pena de prisión permanente revisable en el CP: su incidencia por lo que respecta a la calificación de los hechos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM). 5. Las agresiones sexuales a menores de 13 ó 16 años (art. 183 CP): la posible fuga de la categoría de los delitos de máxima gravedad. 5.1. La tesis de la FGE. 5.1.1. La importancia de las sucesivas reformas en materia de libertad e indemnidad sexual para el Derecho penal de menores. 5.1.2. El nuevo escenario tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. 5.2 Opinión personal. 5.3 La delimitación de las infracciones de extrema gravedad (art. 10.1.b) apartado segundo LORPM). 6. Valoración final. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (MINECO, DER2016-76715-R) y en la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, dirigidos ambos por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

1. Introducción

Transcurridos más de tres años desde la entrada en vigor de la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, existen abundantes estudios que abordan excelentemente el análisis de las modificaciones legales que se produjeron con motivo de la misma. Quisiera aclarar en este momento que la finalidad que se pretende con este trabajo no es la de analizar algunas de las novedades incorporadas al CP en el año 2015. Sin embargo, tomando como punto de partida esta reforma del CP, me gustaría reconducir la investigación hacia un ámbito muy concreto como es el del Derecho penal de menores. Como analizaré posteriormente, teniendo en cuenta la vinculación existente entre el CP y la legislación penal de menores, no podemos perder de vista que las reformas llevadas a cabo en el CP de adultos van a generar un impacto en la aplicación de una normativa que, si bien no han experimentado formalmente ninguna modificación desde el año 2006, sí que va a sufrir ciertas variaciones por lo que se refiere a su aplicación material. Abordaré a lo largo de estas páginas el estudio de los efectos colaterales que la reforma del CP llevada a cabo a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo¹ ha originado en el Derecho penal de menores y, concretamente, los problemas que puede plantear la LO

¹ Me gustaría aclarar en este punto que queda el margen de esta investigación el estudio de los impactos que pueda haber ocasionado sobre la LORPM la modificación del CP aprobada por LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM) en cuanto a su interpretación y aplicación.

Basada en el modelo de responsabilidad², la LORPM conjuga de manera autónoma la respuesta estatal frente a la comisión de infracciones penales por parte de menores entre catorce y dieciocho años, todo ello bajo el prisma de unos parámetros como son el de intervención mínima, la desjudicialización, el carácter educativo de las medidas, el interés superior del menor y la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas³. Ya en la propia EM de la LO 5/2000, de 12 de enero, se estableció la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa de un procedimiento penal que, en cualquier caso, debe transcurrir con el respeto a las debidas garantías. Por eso no puede olvidarse que estamos ante la presencia de un Derecho penal claramente distinto al de los adultos⁴. Esto es así porque el Derecho penal debe regular el conflicto que genera la comisión de infracciones penales por personas que en ese momento se encuentran en una etapa de desarrollo entre la niñez y la mayoría de edad, lo que condiciona que la respuesta penal debe tener también características muy especiales. En definitiva, una responsabilidad diferente que justifica la necesidad de ofrecer una respuesta diferente⁵. Nos encontramos, por lo tanto, ante una ley que no se caracteriza por ser parte del sistema educativo, sino más bien por ser parte integrante del sistema punitivo del Estado, aunque caracterizada por su orientación educativa en el cumplimiento de los fines de prevención especial atendiendo al perfil específico que presentan su destinatarios⁶. Por ello resulta razonable incorporar el criterio de la flexibilidad en el proceso penal no sólo a través de las técnicas de *diversion* o desjudicialización, sino también reconociendo la libertad del Juez de Menores a la hora de elegir y ejecutar la medida a imponer⁷.

² V. ampliamente, CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGAN, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, 17 ss.; TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 23 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario a la Exposición de Motivos”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 43 ss.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 68 ss.; CANO PAÑOS, ¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?, *RECPC 13-13*, 2011, 7.

³ TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 23 s.; NIETO GARCÍA, “La Ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 15.

⁴ BARQUÍN SANZ/ CANO PAÑOS, “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”, *RDPCrim 18*, 2006, 40, 42, quienes incluso aluden a la existencia de un Derecho penal de autor de carácter educativo.; CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC 13-13*, 2011, 6, 8 s.

⁵ FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo, Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 149.

⁶ CANO PAÑOS, ¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?, *RECPC 13-13*, 2011, 11.

⁷ V. por ejemplo GÓMEZ RIVERO, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *RP 9*, 2002, 7 ss.; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*,

Sin embargo, se debe señalar que estos presupuestos presentes en la regulación inicial de la LORPM se han ido desdibujando progresivamente como consecuencia de las sucesivas reformas penales para aproximarse⁸, indisimuladamente, a un Derecho penal más propio de adultos y orientado politicocriminalmente hacia la finalidad aseguradora⁹. Seguramente propiciadas por la alarma social y los ecos mediáticos que generaron algunos episodios de enorme gravedad¹⁰, las reformas acometidas por la LO 7/2000, de 22 de diciembre (durante el período de *vacatio legis*) y fundamentalmente por la LO 8/2006, de 4 de diciembre¹¹ implicaron la implantación de un modelo en el que primó la idea de reacción jurídica frente al “delincuente” más que la de respuesta frente al “menor”¹². Un paradigma que optó por tratar a los menores no como jóvenes en peligro, sino como seres peligrosos de los que había que defenderse¹³.

Pero al margen de esta autonomía que caracteriza a la legislación penal de menores, no podemos obviar su clara dependencia respecto del Derecho penal de adultos. En primer lugar porque va a ser la LORPM la ley aplicable para exigir la responsabilidad penal de las personas entre catorce y dieciocho años por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el CP o en las leyes penales

Marcial Pons, Madrid, 2006, 130 ss.; ORNOSA FERNÁNDEZ, “Pasado y presente de la aplicación de la Ley Penal del Menor”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 58 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *RECPC 17-19*, 2015, 19 ss.

⁸ Incluyendo por ejemplo la imposición con carácter obligatorio de la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos más graves, la incorporación al catálogo de medidas de la inhabilitación absoluta, la ampliación de la duración de las medidas o la supresión definitiva de la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes mayores de dieciocho años pero menores de veintiuno. Por lo que respecta al análisis de las sucesivas reformas, v. entre otros, BARQUÍN SANZ/ CANO PAÑOS, “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”, *RDPCrim 18*, 2006, 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario a la Exposición de Motivos”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 55 ss.; MORENILLA ALLARD, “Comentario al artículo 1”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 55 ss.; CUERDA ARNAU, “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor”, *RP 22*, 2008, 25 ss.; VALBUENA GARCÍA, “Una paulatina desnaturalización de la Ley Penal del Menor”, *Foro 7*, 2008, 122 ss.; OLAIZOLA NOGALES, “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?”, *RP 31*, 2013, 191 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *RECPC 17-19*, 2015, 6 ss.

⁹ V. ampliamente GARCÍA PÉREZ, “La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 38 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, *El Derecho penal de menores a debate*, Dykinson, Madrid, 2010, 80 s.; CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC 13-13*, 2011, 34.

¹⁰ CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC 13-13*, 2011, 3.

¹¹ Igualmente destaca la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del CP que introdujo la personación del ofendido como acusación particular.

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario a la Exposición de Motivos”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 51.

¹³ CUERDA ARNAU, “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor”, *RP 22*, 2008, 23.

especiales (art. 1.1 LORM)¹⁴. La LORPM no recoge un catálogo específico de infracciones susceptibles de ser cometidas por los menores¹⁵, sino que remite al CP para la definición de lo que se ha de considerar delito (art. 1.1 LORPM). Pero además, tal y como dispone en su DF 1^a¹⁶, para lo no previsto expresamente en la LORPM tanto el CP como la LECrim tendrán el carácter de normas supletorias. De este modo el CP será norma supletoria en todas aquellas disposiciones generales contenidas en el Libro I que puedan influir en la valoración del hecho y también en las cuestiones relacionadas con la extinción de la responsabilidad criminal como por ejemplo es el caso de la prescripción.

A pesar de que la reforma del CP del año 2015 ha tenido un impacto importante en la aplicación de la LORPM, evidentemente no es esta la primera vez que una modificación del CP ha afectado indirectamente a la legislación penal de menores. A modo de ejemplo, cabe recordar cómo en el momento de la promulgación de la LORPM por LO 5/2000, de 12 de enero, el CP definía como delito menos grave aquel que llevaba aparejada una pena menos grave (art. 13 CP), es decir, entre otros aquel que llevaba aparejada la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 33. a) CP). La LO 15/2003, de 25 de noviembre, amplió el ámbito de los delitos menos graves, dado que consideró como pena menos grave la pena de prisión de tres meses a cinco años. Esta expansión alteró, por ejemplo, el marco legal establecido para el ejercicio del principio de oportunidad (art. 18 LORPM), en virtud del cual se permitía desistir de la incoación del procedimiento cuando los hechos denunciados fueran constitutivos una falta o un delito menos graves sin violencia o intimidación. Ello significó, por ejemplo, que se ampliaran a partir del año 2003 las posibilidades de acordar un desistimiento del procedimiento.

Como he señalado con anterioridad, fueron numerosas las modificaciones que se produjeron en el CP con la entrada en vigor de la LO 1/2015. Sin embargo, de todas ellas creo que es interesante extraer aquellas que pueden tener un impacto más importante en la aplicación de la LORPM. Así, la eliminación de las faltas del Libro III del CP y la generación de la nueva categoría de delito leve (art. 13.4 CP), la presencia casi marginal de la pena de localización permanente en el CP, la intro-

¹⁴ Art. 1.1 LORM: “*Declaración general.* Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

¹⁵ Por lo que respecta al debate suscitado en el ámbito doctrinal con respecto a la oportunidad de diseñar un catálogo específico de infracciones juveniles v., entre otros, GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico”, *RDPCrim* 3, 1999, 73 s.; DOLZ LAGO, *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2007, 100 s.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 25 ss.; COLÁS TURÉGANO, *Derecho Penal del Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 170 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *RECPC* 17-19, 2015, 31 ss.

¹⁶ DF 1^a LORPM: “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”.

ducción de la pena de prisión permanente revisable en el CP de adultos o la regulación autónoma de las agresiones sexuales y abusos sexuales cometidos sobre menores de 16 años (art. 183 CP) son buena muestra de cómo las reformas acometidas en el legislación penal de adultos generan efectos colaterales en el Derecho penal de menores, en la mayoría de los casos no previstos por el legislador.

Pero antes de analizar estas cuestiones me gustaría realizar dos breves consideraciones. En primer lugar quisiera aclarar que en esta investigación no se aborda el impacto que haya podido generar en la LORPM la inclusión de nuevos delitos en el CP¹⁷, ni tampoco la incidencia de la reforma a nivel procesal. En este sentido, muy brevemente, me parece importante señalar la indudable repercusión que ha tenido la introducción del principio de oportunidad para los delitos leves recogido (art. 963.1 LECrim) en el proceso penal de adultos. Teniendo en cuenta el criterio del interés superior del menor, lo cierto es que las facultades que otorga el principio de oportunidad son más amplias en la LORPM que en la LECrim, debiendo primar en todo caso ese interés del menor aunque ello pueda determinar una solución divergente respecto a los adultos implicados en el mismo hecho¹⁸. Añadiendo, desde mi punto de vista, que por mucho que la solución sea divergente, en ningún caso deberá ser más gravosa que la ofrecida para el adulto, atendiendo principalmente a la finalidad sancionadora educativa de la legislación penal de menores y a la necesidad de proporcionalidad de la respuesta penal frente a los hechos cometidos por menores¹⁹.

En segundo lugar, tampoco voy a incidir en una cuestión que está siendo objeto de encendida polémica y que genera otro ámbito de fricción entre el Derecho penal de adultos y el de menores. Estoy haciendo referencia a los problemas de interpretación que genera la interrupción del plazo de prescripción de la infracción penal en la jurisdicción de menores. No puede desconocerse que las peculiaridades del sistema de justicia penal juvenil, en donde no es el Juez de Menores sino el Ministerio Fiscal el encargado de la instrucción, condicionan en gran medida la discusión acerca de la aplicación supletoria de los requisitos previstos en el CP de adultos en materia de prescripción (art. 132.2.1º CP), principalmente por lo que respecta a la exigencia de resolución judicial motivada²⁰. Es cierto que tanto la FGE²¹ como el

¹⁷ Evidentemente, la incorporación al CP de nuevas tipologías delictivas implicará que si son cometidos por menores será de aplicación la LORPM, atendiendo a lo dispuesto en su art. 1.1.

¹⁸ Como así se recoge el Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE en las Conclusiones de las Jornadas de Delegados de Menores, celebradas el 5 y 6 de octubre de 2015, 8.

¹⁹ Entendiendo en este caso la proporcionalidad no en sentido estricto vinculando la mayor gravedad del hecho con una mayor gravedad de la sanción, sino que opera como límite desde una perspectiva garantista vinculado con la necesidad de que el menor no sea tratado de forma peor que el adulto ante la comisión de un hecho similar. V. ampliamente apartado 3.

²⁰ Art. 132.2.1ª CP: “2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1.ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se

CGPJ²² han reprochado al legislador penal que no haya aprovechado la reforma del CP de 2015 para dirimir esta cuestión y colmar con ello las expectativas de seguridad jurídica exigibles en el ámbito penal. Sin embargo, creo que la solución debe proceder no de la modificación del CP sino de una profunda revisión del articulado de la LORPM en materia de prescripción²³.

Intentaré poner de manifiesto a través de estas páginas lo que, desde mi punto de vista, puede resultar una paradoja: el tímido acercamiento, por la vía de los hechos, a los principios que inspiraron la redacción originaria de la LORPM. Por un lado, la reforma del CP del año 2015 supuso, salvo excepciones, un endurecimiento punitivo sin parangón. En ningún modo la valoración de esta reforma puede ser positiva bien porque cuestiona principios constitucionales básicos (en la introducción por ejemplo de la pena de prisión permanente revisable), en algunos casos argumenta la necesidad de reforma utilizando criterios que han resultado falaces (como es el caso de la desaparición de las faltas del Libro III del CP), utiliza una técnica legislativa errónea y torpe (en la creación del nuevo delito leve según lo previsto en el art. 13.4 CP), convierte la necesidad de cumplir con compromisos internacionales, ya desde el año 2010, y sobre todo a la moral en elemento justificador para modificar los delitos de abuso y agresión sexual a menores (art. 183 CP) o, finalmente porque decide reducir la pena de localización permanente a una presencia meramente simbólica en favor de la pena de multa simplemente atendiendo a fines recaudatorios.

Por otro lado, como ya he comentado anteriormente, nos enfrentamos a una LORPM que ha ido progresivamente relegando a un plano secundario esa inicial orientación preventivo especial educativa y aproximándose de forma peligrosa a finalidades claramente represivas e intimidatorias, más propias (aunque no en todos los casos justificadas) del Derecho penal de adultos. Siendo este el panorama, lo razonable hubiera sido sostener que la reforma del CP de 2015 contribuyó a intensificar más duramente el tratamiento que a partir de ese momento recibirían los menores infractores. Sin embargo, y he aquí la paradoja, es posible que sin acometer ninguna reforma legislativa en el ámbito del Derecho penal de menores la

dicte *resolución judicial motivada* (cursivas añadidas) en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito”.

²¹ Así, Dictamen 1/2015, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la Reforma del Código Penal por LO 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE. Igualmente, en la Memoria de la FGE de 2017, 603, se sigue objetando por las Fiscalías la disparidad de criterios jurisprudenciales y la inseguridad jurídica que genera toda la problemática de la prescripción en la jurisdicción penal de menores.

²² Así, v. el informe consultivo del CGPJ sobre el anteproyecto de la LO 1/2015, de Reforma del Código Penal, donde advertía de la necesidad de abordar este problema “si no se quiere correr el riesgo de que los delitos cometidos prescriban por las peculiaridades del procedimiento de menores”. Igualmente, v. SAP Guipúzcoa (Sección 1ª) 188/2017, de 27 de septiembre.

²³ Lamentablemente, a pesar de su interés y su enorme trascendencia práctica, no es posible en este momento abordar el estudio de esta interesante problemática. Considero que su estudio merece un análisis específico que trasciende a la finalidad concreta de esta investigación y que pretendo abordar en breve.

reforma del CP pueda suponer un reconocimiento, por la vía de los hechos, de algunos de aquellos principios que inspiraron la redacción originaria de la LORPM. Estoy haciendo referencia concretamente al principio de intervención mínima (principalmente por la salida del ámbito penal de determinadas infracciones penales o a las que, permaneciendo, ya no se les puede imponer a partir de 2015 una medida privativa de libertad), a la amplitud de posibilidades de desjudicialización (dado que a partir de 2015 es posible teóricamente acordar el desistimiento por la comisión de conductas similares que con anterioridad a esta fecha no eran susceptibles de sobreseimiento) y a la recuperación de cierta flexibilidad en la elección de medidas (puesto que, respecto de algunas conductas, ya no es obligatoria la imposición de una medida privativa de libertad con una duración tan elevada).

Comencemos, por lo tanto, a desvelar cuáles han sido a mi juicio los principales impactos, probablemente no previstos por el legislador, de la reforma del CP de 2015 en el Derecho penal de menores.

2. La desaparición de las faltas y su incidencia en la aplicación de la LORPM

2.1. *El cambio terminológico*

Por lo que respecta al Derecho penal de menores, la reforma del CP de 2015 ha implicado cambios sustanciales motivados en primer lugar por la desaparición de las faltas del Libro III del CP²⁴. El legislador incluyó en el Preámbulo de la LO 1/2015 los dos argumentos que a su entender justificaron su eliminación: el respeto al principio de intervención mínima y la agilización de la Administración de Justicia. Atendiendo al primero de los motivos, políticocriminalmente podía resultar razonable la supresión de las faltas invocando el respeto al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*. Por lo que respecta al segundo, parecía necesario descargar a la Administración de Justicia y, en particular, a los Juzgados de Instrucción, del ingente quehacer que generaba la tramitación de las faltas en sede de instrucción.

Sin embargo, como resalta un sector amplio de la doctrina, resulta más que dudoso que con la desaparición del Libro III del CP se hayan alcanzado ambos objetivos²⁵. Podríamos considerar, coincidiendo incluso con la opinión de la FGE²⁶, que

²⁴ Por lo que respecta a las consecuencias originadas tras la conversión de las faltas en delitos leves tanto en la Parte General del Derecho Penal como en lo que afecta a los diversos delitos de la Parte Especial, v. FARALDO CABANA, “Consecuencias inesperadas de la conversión de las faltas en delitos leves”, *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, 228 ss.

²⁵ CUGAT MAURI, “Consecuencias penales de la supresión del Libro III”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuter, Pamplona, 2015, 227; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015, 18 ss.; FARALDO CABANA, “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, *Indret* 3, 2014, 8, 13 ss., 25; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Supresión de las faltas y

la supresión fue meramente formal. Es cierto que una parte mínima de las faltas se recondujo al ámbito extrapenal, remitiendo su regulación a la vía civil o a la administrativa²⁷, pero también lo es el hecho de que podamos confirmar la existencia de un retorno al CP de las mismas conductas, convertidas en delito leve pero con una pena superior. De ahí que la supresión de las faltas haya sido más aparente que real²⁸. Seguramente el lector, llegado a este punto, ya habrá advertido la presencia del primer impacto de la reforma del CP en la legislación de menores. Este no es otro que la imposibilidad de castigar penalmente al menor que realiza conductas que, con anterioridad a 2015, eran constitutivas de falta pero que a partir de esta fecha su regulación queda al margen del Derecho penal²⁹. Merece la pena aclarar, en primer lugar, que la eliminación de estas faltas no en todo los casos tiene relevancia práctica, dado que muchas de ellas no se corresponden con conductas habitualmente cometidas por menores, pero sí creo que puede tener cierta importancia respecto, por ejemplo, de las injurias o vejaciones leves, el deslucimiento de bienes inmuebles, la perturbación del orden público o la desobediencia leve. Dada la escasa entidad que tendrían estas conductas para el Derecho penal, su tratamiento quedaría al margen de cualquier influencia punitiva, lo que en principio parece positivo. Sin embargo, esto no significa que en todos los casos el tratamiento jurídico que reciba el menor a partir de 2015 sea mucho más favorable, sólo por el hecho de que el Derecho penal ya no se ocupe de sancionar este tipo de conductas. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, exime de responsabilidad a los menores de catorce años (art. 30), pero puede llegar a establecer multas de cuantía ciertamente elevada y en donde no se prevé la suspensión de la sanción, a diferencia por ejemplo de lo que

creación de delitos leves”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 48 ss.

²⁶ Así, Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, 1.

²⁷ Lo que no supone, como señala ORDUÑA NAVARRO, “Los delitos leves tras la reforma introducida en el Código Penal por LO 1/2015”, *LL 8631*, 2015, 1293, una disminución cuantitativa respecto de las anteriores faltas, dada la incorporación a la categoría del delito leve de algunos delitos menos graves como consecuencia de la reforma.

²⁸ SANTOS MARTÍNEZ, “Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves: Comentarios a la DA 2ª de la LO 1/2015, de Reforma del Código Penal”, *RGDPR* 37, 2015, 2; RODRÍGUEZ TIRADO, “Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio”, *RGDPR* 38, 2016, 3.

²⁹ Es el caso, por ejemplo, de las antiguas faltas cuyo enjuiciamiento se trasladó a la jurisdicción civil, como eran la no presentación de un menor o incapaz abandonado a la autoridad o su familia (art. 618.1 CP), el incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial en caso de divorcio o separación (art. 618.2 CP), la denegación de asistencia a personas discapacitadas o de edad avanzada (art. 619 CP), la infracción del deber de custodia de hijos (art. 621 CP), las injurias o vejaciones leves (art. 620 CP) o el homicidio y lesiones por imprudencia leve (art. 620 CP). Lo mismo sucede con las antiguas faltas que ahora se sancionan en el ámbito administrativo, como son el deslucimiento de bienes inmuebles (art. 626 CP), el abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos (art. 630 CP), el dejar sueltos a animales feroces (art. 631.1 CP), los ataques leves a la flora (art. 632 CP), la perturbación leve del orden público (art. 633 CP) y la desobediencia leve (art. 634 CP).

sucede con las infracciones en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (DA 5ª)³⁰. Tratamiento que, como se puede observar, dista mucho de las posibilidades de desjudicialización que ofrece la LORPM (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM), concretamente a través del desistimiento de la incoación del expediente o de su continuación³¹.

Como he señalado con anterioridad, no todas las antiguas faltas desaparecieron del CP con ocasión de la reforma de 2015, sino que algunas retornaron al CP, convertidas en delito leve y con una pena superior. Este hecho resulta realmente poco comprensible desde la perspectiva del principio de intervención mínima. No podemos olvidar que las conductas siguen siendo las mismas (con el objetivo evidente de garantizar la seguridad jurídica acorde a la interpretación que estaban realizando los tribunales de las mismas), son igual de graves (poco, si se atiende al principio de lesividad), pero se les asigna una pena superior a la establecida para su correspondiente falta, casi siempre de multa, lo que permite concluir, como sostiene Fernández Hernández, la evidente presencia del afán recaudatorio en la motivación del legislador³².

La conversión de algunas faltas en delitos leves también tuvo repercusiones respecto del pretendido objetivo de reducir la litigiosidad y carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción. En este sentido, es necesario tener presente que son estos órganos jurisdiccionales los encargados de instruir y juzgar los delitos leves, teniendo en cuenta que el 94.67% de las faltas se incorporaron al CP como delito³³. Además, no debe obviarse que, al margen de estos casos, de lo que se trataba era de la mera derivación de la carga penal al ámbito contencioso administrativo o civil, con el correspondiente aumento perverso de la tasa de litigiosidad en estas jurisdicciones³⁴. Todo esto apunta hacia la idea de que en realidad se trató más bien de un proceso de descriminalización que de propia despenalización³⁵. Unido a esto, las

³⁰ Por su parte, el enjuiciamiento de las antiguas faltas en la vía civil también puede originar ciertos problemas, sobre todo relativos a los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia leve, dado que genera la obligación de litigio en caso de desacuerdo de la víctima, sin necesidad por ejemplo de intervención del Ministerio Fiscal.

³¹ V. apartado 2.3.

³² FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Supresión de las faltas y creación de delitos leves”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 55.

³³ Así, v. CUGAT MAURI, “Consecuencias penales de la supresión del Libro III”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuter, Pamplona, 2015, 227, de las cuales el 75% eran las antiguas faltas contra el patrimonio, siendo estas las más habituales.

³⁴ FARALDO CABANA, “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, *Indret* 3, 2014, 14; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015, 23 ss.

³⁵ Por lo que respecta a la distinción terminológica, v. FARALDO CABANA, “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, *Indret* 3, 2014, n. 4, 4, optando la autora por utilizar el concepto de “despenalización”, como renuncia a toda clase de consecuencia jurídica sancionadora con relación a un hecho determinado y “descriminalización”, refiriéndose al supuesto en que se renuncia exclusivamente a la sanción criminal pero el hecho se sigue sancionando con arreglo a otros sectores del ordenamiento jurídico.

estadísticas demuestran que no es posible afirmar la descongestión del nivel de litigiosidad en sede de instrucción, aunque sí se debe reconocer que la vía de desjudicialización introducida a través del principio de oportunidad reglada³⁶ (art. 963.1.1º de la LECrim)³⁷, ha podido contribuir, junto con otros factores³⁸, a agilizar sensiblemente la carga de trabajo de la Administración de Justicia³⁹.

González Rus⁴⁰ ya previno en su día de las “secuelas colaterales” que iba a traer consigo la reforma de 2015, precisamente por la eliminación las faltas y la introducción la nueva categoría del delito leve dentro de las infracciones penales (art. 13.3 CP). Más exactamente advertía de los inconvenientes que generaría la incorporación al CP del delito leve, bien por la transformación de las antiguas faltas a delitos leves pero principalmente por la degradación a delito leve de aquellos delitos menos graves cuya pena por su extensión puede considerarse como leve y como menos grave (art. 13.4 CP). Como veremos a continuación, dicha eliminación no sólo implicó un cambio formal desde una óptica terminológica, sino que también es notable su incidencia material en la exigencia de responsabilidad penal a los menores infractores según lo dispuesto en la LORPM.

³⁶ V. ampliamente, DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015, 56 ss.; SANTOS MARTÍNEZ, “Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves: Comentarios a la DA 2ª de la LO 1/2015, de Reforma del Código Penal”, *RGDPR* 37, 2015, 12, en referencia a la necesidad de realizar una actividad previa al acto del juicio para valorar tanto la gravedad del delito como el interés público en su persecución, compartiendo de este modo alguna de las finalidades de la fase de instrucción que con la reforma parecen haber quedado diluidas por lo que respecta al procedimiento por delito leve; RODRÍGUEZ TIRADO, “Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio”, *RGDPR* 38, 2016, 14 ss.

³⁷ Art. 963.1.1º LECrim: “1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior. El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito”.

³⁸ Como se deriva del nuevo art. 284.2 LECrim, reformado por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En virtud de este precepto, en los casos en los que no exista autor conocido la Policía Judicial no remitirá los atestados policiales al Juzgado de Instrucción, sino que se limitará a conservarlo a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial excepto en el caso de que se trate de delitos contra la vida, la integridad física, indemnidad y libertad sexual y corrupción, se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado o que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

³⁹ CUGAT MAURI, “Consecuencias penales de la supresión del Libro III”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuter, Pamplona, 2015, 228, aunque reconoce la dificultad de hacer pronósticos en este sentido, dada la carente tradición de la aplicación de este principio en nuestro sistema y en las dudas que pueden surgir acerca de cómo se interpreta la referencia a la “muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor”.

⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, “Secuelas «colaterales» no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *LL* 8553, 2015, 2 ss.

Por lo que respecta a la propia terminología, es necesario tener presente cómo desde sus inicios el articulado de la LORPM ha contenido numerosas referencias a las faltas como una de las categorías tradicionales dentro de las infracciones penales. Estas alusiones aparecen expresamente en su Declaración General⁴¹, en el catálogo de medidas aplicables a los menores infractores⁴², en las reglas de determinación de las medidas⁴³, con relación al plazo de prescripción⁴⁴ y al desistimiento⁴⁵, la conciliación y reparación⁴⁶ y, finalmente, respecto a la necesidad de que en el fallo de la sentencia exista un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil⁴⁷ o la suspensión de la ejecución de la medida impuesta⁴⁸.

La incógnita que se plantea a la hora de decidir cómo se solventa en la LORPM la desaparición de las faltas sólo puede ser despejada atendiendo a la naturaleza de la propia Ley, formalmente penal, y al carácter supletorio del CP y de la LECrim en el ámbito sustantivo y procedimental respectivamente. En este sentido, conforme a lo dispuesto en la DA 2ª de LO 1/2015, de 30 de marzo⁴⁹, las alusiones a las faltas

⁴¹ Art. 1.1 LORPM: “*Declaración general.* Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

⁴² Art. 7.1.n) LORPM: “*Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas (...).* Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente”.

⁴³ V. apartado 3.1.

⁴⁴ Art. 15.1.5ª LORPM: “*De la prescripción.* 1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben (...) 5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta”.

⁴⁵ V. apartado 2.3.

⁴⁶ Art. 19.1, 19.4 y 19.6 LORPM: “*Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.* 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. 6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

⁴⁷ Art. 39.1 LORPM: “*Contenido y registro de la sentencia.* 1. (...) En la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal (...)”.

⁴⁸ Art. 40.1 LORPM: “*Suspensión de la ejecución del fallo.* 1.(...) Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta”.

⁴⁹ DA 2ª CP: “*Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves.* La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

que aparezcan recogidas tanto en la LORPM como en su Reglamento deben entenderse sustituidas por la expresión delitos leves. Del mismo modo se pronunció la FGE en el Dictamen 1/2015, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la Reforma del Código Penal por LO 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE. Incidiendo en este hecho, la propia FGE en 2017 propuso por razones de seguridad jurídica la reforma del texto de la LORPM, en el sentido de reemplazar todas las alusiones a las faltas por la expresión delitos leves, para llevar a cabo una adaptación legislativa que indebidamente se soslayó en su día, desterrando definitivamente cualquier posible duda interpretativa⁵⁰.

2.2. *El delito leve como nueva categoría de infracción penal*

Como ya he señalado al principio, una de las modificaciones más importantes introducidas por la reforma de 2015 fue la creación de la nueva categoría del delito leve tras la eliminación de las antiguas faltas. Vinculando la gravedad del delito con la gravedad de la pena a imponer, el art. 13.3 CP considera que son delitos leves aquellas infracciones que la ley castiga con pena leve, es decir, con aquellas que aparecen recogidas en el art. 33.4 CP⁵¹. Atendiendo a la mencionada sustitución de las faltas por la de delitos leves, podemos afirmar que una primera vía de incorporación a los delitos leves lo constituyen las antiguas faltas, siempre y cuando no hayan sido despenalizadas⁵². Sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta nueva categoría no sólo se nutre de las antiguas faltas sino que, en virtud de lo establecido en el art. 13.4 CP, se produce la mutación de algunos delitos menos

⁵⁰ Así, v. Memoria de la FGE de 2017, 906 ss.

⁵¹ Art. 33.4 CP: “Son penas leves: a) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 meses a 1 año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 meses a 1 año. c) La inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de 3 meses a 1 año. d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a 6 meses. e) La prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un 1 a menos de 6 meses. f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un 1 a menos de 6 meses. g) La multa de hasta tres meses. h) La localización permanente de 1 día a 3 meses. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días”.

⁵² De este modo, son delitos leves las lesiones de menor gravedad (art. 147.2 CP), maltrato de obra (art. 147.3 CP) amenazas leves (art. 171.7 CP) coacciones leves (art. 172.3 CP), injuria o vejación leve (art. 173.4 CP), hurto inferior a 400 euros (art. 234.2 CP) hurto de posesión (art. 236.2 CP), hurto de uso de vehículo a motor y ciclomotor (art. 244.1 CP), estafa inferior a 400 euros (art. 249.2 CP), administración desleal inferior a 400 euros (art. 252.2 CP) apropiación indebida inferior a 400 euros (art. 253.2 CP), defraudaciones de fluido eléctrico y análogas inferior a 400 euros (art. 255.2 CP), defraudación en terminales de telecomunicación inferior a 400 euros (art. 256.2 CP), delito contra la propiedad intelectual (art. 270.4 CP), delito contra la propiedad industrial (art. 274.3 CP), alteración de términos, lindes, señales o mojones por valor inferior a 400 euros (art. 246.2 CP), distracción del curso de las aguas (art. 247.2 CP), daños (art. 263.1 CP), expendición de moneda falsa (art. 386.3 CP), distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados falsos inferior a 400 euros (art. 389 CP), maltrato a animales domésticos (art. 337 CP), abandono de animales domésticos con peligro para su vida o integridad (art. 337 bis CP), maltrato cruel a animales (art. 337.4 CP), falta de respeto y consideración debida a la autoridad (art. 556.2 CP), allanamiento o permanencia en domicilio de persona jurídica (art. 203.2 CP) y, finalmente, el uso público e indebido de uniformes, trajes o insignias (art. 402 bis CP).

graves a delitos leves. Así, este precepto dispone que el delito se considerará en todo caso como leve en aquellos casos en los que la pena por su extensión puede considerarse como leve y como menos grave.

La aplicación de este precepto ha generado ciertas disfunciones en principio ni previstas ni deseadas por el legislador. Así, de su lectura se observa que existen casos, como los previstos en el art. 33.3.j) y 33.4.g), en donde la multa de hasta 3 meses (incluidos) se considera pena leve, mientras que la multa de más de tres meses se considera pena menos grave. Este solapamiento de penas tiene lugar, por ejemplo, en aquellos delitos castigados con pena de multa cuyo límite mínimo, tras la reforma, permanece invariable en los tres meses pero, evidentemente, su límite superior es más elevado (por ejemplo de 6 meses de multa). De este modo, dado que la pena por su extensión puede considerarse como leve (si atendemos al límite mínimo de los tres meses) o menos grave (teniendo en cuenta su límite máximo de seis meses), el delito se considerará en todo caso como leve⁵³. Se trata por lo tanto de delitos menos graves cuya pena no se ha visto modificada pero que, atendiendo a lo previsto en el art. 13.4 CP, son considerados también delitos leves⁵⁴. Así sucede, por ejemplo, en el homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), las lesiones del art. 149 y art. 150 por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP) la detención ilegal de una persona para presentarla a la autoridad (art. 163.4 CP), la omisión del deber de socorro (art.195.1 CP), el hurto de posesión superior a 400 euros (art. 236.1 CP), la ocupación no violenta de inmuebles (art. 245.2 CP), la alteración de términos y lindes por valor superior a 400 euros (art. 246.1), la dis-

⁵³ No encajarían en estos casos los delitos en los que, de forma cumulativa o alternativa, estén previstas penas menos graves y leves. Según el criterio establecido por la Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, 10 ss., en caso de coexistir en un mismo delito una pena leve y otra menos grave el delito será considerado menos grave, entendiendo que la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se imponga. Igualmente, v. STS 392/2017, de 31 de mayo. Contraria a esta interpretación v. CORCOY BIDASOLO, “Comentario al artículo 13”, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 83, al entender que sería contraria a reo y contradictoria con todos los argumentos interpretativos del Derecho penal. En favor de calificar también el delito como leve en los supuestos de penalidad alternativa, v. CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013, 22.

⁵⁴ Esta disposición permite extender el ámbito aplicativo del juicio de delitos leves y la competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción para algunas conductas consideradas hasta 2015 como delitos menos graves. Sin embargo, para los casos en los que alternativa o conjuntamente el delito esté castigado con pena menos grave o leve la DA7ª introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justificación penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, señale que “sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto”. El criterio incorporado en el art. 13.4 del CP ya fue cuestionado por el CGPJ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013, 21, en el que se señaló que el criterio de referencia debía ser el techo de la pena y no el suelo, pero no fue atendido por el legislador. V. críticamente, HERNÁNDEZ GARCÍA/RAMÍREZ ORTIZ, “Las consecuencias procesales de la reforma”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 242 s.

tracción de aguas por valor superior a 400 euros (art. 247.1 CP), la apropiación indebida superior 400 euros (art. 254.1 CP), la defraudación de energía eléctrica superior a 400 euros (art.255.1CP), la utilización de terminales de telecomunicación superior a 400 euros (art. 256 CP), los daños por imprudencia grave (art. 324 CP), el libramiento de certificados falsos por facultativo (art. 397 CP), la falsificación de certificados por particular (art. 399.1 CP), la acusación y denuncia falsa de delito leve (art. 456.1.3.º CP), la destrucción de documentos o actuaciones en el ámbito de un proceso por particular (art. 465.2 CP) y finalmente la evasión del condenado, preso o detenido por el pariente (art. 470.3 CP).

Si a partir de la reforma de 2015 estas infracciones pasan a ser consideradas delito leve, ello implicará que sea vean afectadas por todas aquellas disposiciones recogidas en la LORPM que hagan referencia específica a las faltas (sustituidas a partir de la reforma por delito leve). Esto supone una variación en el tratamiento dispensado por la legislación de menores a estas infracciones, pero no precisamente porque se haya modificado la LORPM o se haya alterado su pena en el CP de adultos. En otras palabras, si se amplía el elenco de conductas delictivas que son consideradas delito leve ello supondrá que las disposiciones específicas de la LORPM previstas para las antiguas faltas se apliquen también para lo que antes eran delitos menos graves, recibiendo un tratamiento penal diferente al aplicado hasta 2015 cuando el autor de la infracción era un menor de edad. Veamos, a continuación, en qué aspectos concretos se ha materializado esta modificación.

2.3. La ampliación de las posibilidades de desjudicialización por desistimiento en la incoación del procedimiento (art. 18 LORPM)

Otro efecto colateral en el Derecho penal de menores derivado de la reforma del CP en el año 2015 se produce en el ámbito de la desjudicialización según lo previsto en el art. 18 LORPM⁵⁵. Este precepto dispone que en los casos en los que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal podrá acordar el desistimiento por corrección en el ámbito educativo y familiar cuando los hechos constituyan delitos leves o delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas⁵⁶. Considero que, al menos en el plano

⁵⁵ Art. 18 LORPM: “Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas (*delitos leves*), tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley”.

⁵⁶ Se ha definido la violencia como la fuerza física, absoluta o no que se ejerce contra una persona, mientras que la intimidación se concibe como una amenaza dirigida a someter la libertad del sujeto que la padece, POZUELO PÉREZ, “Comentario al artículo 18”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 269. En este sentido, la FGE en la Circular 1/2000, de 18 de diciem-

teórico, con la reforma de 2015 se amplían las posibilidades de desistir de la incoación del procedimiento. Por lo tanto, algunos delitos menos graves llevados a cabo con violencia o intimidación que antes de 2015 eran excluidos de la posibilidad de desistimiento, ahora podrán ser objeto de desistimiento aunque se lleven a cabo con violencia o intimidación (dada su degradación a la categoría de delito leve en donde no se exige la ausencia de violencia o intimidación), con el consiguiente archivo de las diligencias preliminares. No puede ser de otro modo ya que todos los procedimientos de delitos que se consideren leves, por mucho que se realicen con violencia o con intimidación sobre las personas, podrán ser *a priori* objeto de desjudicialización.

Anteriormente la razón de permitir la no incoación de las faltas, incluso realizadas con violencia o con intimidación, residía en la escasa trascendencia o levedad de la violencia o la intimidación en estos supuestos⁵⁷. Resulta llamativa la nueva situación creada tras la reforma de 2015, dado que es posible la desjudicialización de hechos de una gravedad superior a las anteriores faltas (recuérdese en este sentido que materialmente nos seguimos encontrando ante delitos menos graves) incluso si llevan a cabo con violencia o intimidación dado que tienen la consideración de delitos leves (art. 13.4 CP)⁵⁸.

A pesar de la ampliación teórica de posibilidad de desistimiento, quizás su relevancia práctica sea escasa, no sólo porque sigue siendo potestativa (y quizás la realización del hecho con violencia o intimidación pueda condicionar negativamente la decisión del Ministerio Fiscal en favor del sobreseimiento), sino porque la tipología de estos “nuevos” delitos leves, salvo excepciones, parece encontrarse algo alejada de los delitos habitualmente cometidos por los menores⁵⁹.

Frente a opiniones que consideran que la capacidad que la LORPM otorga al Ministerio Fiscal es desmesurada, generando incluso situaciones discriminatorias si

bre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, consideró que para que se acordara el desistimiento era necesario que, materialmente, el hecho estuviera exento de toda forma de violencia o intimidación en su ejecución.

⁵⁷ SALOM ESCRIVÁ, “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 234.

⁵⁸ Sería el caso, por ejemplo, del delito nuevo de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), que lleva aparejada una pena de multa de 3 a 18 meses. De no existir la previsión del art. 13.4 en virtud del cual se considera delito leve, estaríamos ante un delito menos grave que atendiendo a las diversas modalidades de ejecución, podía realizarse con violencia y, por lo tanto, sin posibilidad teórica de desjudicialización.

⁵⁹ Sin embargo, a pesar de que se amplía la posibilidad de desjudicialización, permanece todavía abierto el debate de la descriminalización de los injustos de bagatela, especialmente cuando son ocasionales. A favor de la destipificación, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998, 166. A favor de la despenalización de los tipos de escasa importancia, pero señalando unos límites mínimos para la intervención penal en los tipos penales más frecuentemente realizados por menores, para no generar inseguridad jurídica, GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico”, *RDPCrim* 3, 1999, 73 s.

se abusa de la flexibilidad que otorga el desistimiento de la incoación⁶⁰, considero positiva esta posibilidad que introduce la legislación de menores a través del principio de oportunidad reglada⁶¹. Las técnicas de *diversion* deben ser valoradas positivamente ya que repercuten en bien del proceso personal y psicológico de maduración del menor, en la faceta educativa y del superior interés del menor, así como en la posible pacificación de las relaciones sociales⁶². En este sentido debemos recordar cómo uno de los principios que inspiran la LORPM, como así se recoge en su EM, es el de flexibilidad y oportunidad. Insisto en la bondad del aprovechamiento de todas las posibilidades que ofrece la legislación penal de menores, sobre todo en la medida en que pueden servir como contrapunto a la excesiva dureza y rigidez de los planteamientos introducidos en la LORPM tras sus sucesivas reformas. En este sentido, cabe incidir en la cuestión de que, en la mayoría de las ocasiones, las conductas ilícitas presentan un carácter episódico que desaparece al llegar la mayoría de edad sin que sea necesaria la intervención judicial. Además, en ningún caso el hecho de que se amplíe la posibilidad de desjudicializar el conflicto implicará la obligación del Ministerio Fiscal de no incoar el expediente, pero permite indudablemente un mayor margen de actuación en la búsqueda del interés del menor. Además, se debe tener siempre presente que la desjudicialización no significa el cese de cualquier actividad sobre el menor, sino que la propia Ley establece la obligación al Ministerio Fiscal de dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores, siempre y cuando se detecte en el menor una situación relevante de riesgo o desamparo.

2.4. *La limitación de la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2 LORPM): su aparente incidencia en la comisión de delitos menos graves*

Pudiera parecer que otra de las consecuencias relevantes que ha originado la reforma del CP en la legislación penal de menores es la relativa a la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado cuando el menor ha cometido un delito calificado como menos grave. En este sentido, el art. 9.2 LORPM limita la

⁶⁰ FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo, Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 193; GUTIÉRREZ I ALBENTOSA, *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 2016, 278 ss.

⁶¹ TORRES FERNÁNDEZ, “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, *CPC* 79, 2003, 95; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El sistema de medidas en la Ley Penal del Menor y las alternativas al proceso”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 90. Por lo que respecta al principio de oportunidad en la justicia de menores, v. SANZ HERMIDA, “Comentario al artículo 18”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 205-207; FRANCÉS LECUMBERRI, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *Indret* 4, 2012, 1-43.

⁶² PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 123.

posibilidad de aplicar una medida de este tipo a tres supuestos: a) cuando los hechos sean constitutivos de un delito grave; b) cuando tratándose de delitos menos graves, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas y c) cuando los hechos, independientemente de su calificación, se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización u asociación, incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de tales actividades.

Al igual que he referido en apartados anteriores, la degradación de algunos delitos menos graves a la categoría de leves como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el art. 13.4 CP podría tener sus consecuencias por lo que respecta a la posibilidad de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. La redacción del art. 9.2 LORPM no sufre modificación alguna, pero es precisamente el traslado a esta nueva categoría de delito leve la que, en principio, impediría aplicar a estas infracciones una medida de internamiento en régimen cerrado. Se trataría de hechos idénticos cuya pena no se ha visto modificada y que incluso realizándose con violencia o intimidación no podrían ser sancionados a partir de 2015 con la medida de internamiento en régimen cerrado (a no ser que encajen en el apartado c) del art. 9.2 LORPM).

Sin embargo, a pesar de la ampliación de la categoría de los delitos leves como consecuencia de la incorporación de algunos delitos menos graves por aplicación del art. 13.4 CP no se puede concluir que esto tenga implicaciones materiales por lo que respecta al art. 9.2 b) LORPM. En este sentido, se debe tener presente que el listado de delitos menos graves que mutan a la categoría de delitos leves llevan aparejada una pena de multa, en ningún caso una pena privativa de libertad. Por lo tanto, a pesar de que nominalmente ya no serían considerados delitos menos graves (y por lo tanto ya no se les podría imponer formalmente la medida de internamiento en régimen cerrado) tampoco con anterioridad a la reforma de 2015 eran susceptibles de ser sancionados con esta medida, incluso si los hechos se cometieran con violencia o intimidación o se originara grave riesgo para la vida o integridad física. Como he señalado con anterioridad, el principio de proporcionalidad recogido en el art. 8 LORPM impide castigar al menor más gravosamente por los mismos hechos cuando estos sean cometidos por un adulto. Dado que estos hechos no estaban castigados en el CP con pena privativa de libertad, en ningún caso podían ser sancionados con la medida de internamiento en régimen cerrado. Por lo tanto, en este caso el impacto de la reforma del CP en el art. 9.2 b) LORPM sería muy poco relevante.

3. La reducción de la pena de localización permanente en el CP de adultos

3.1. *Las repercusiones de la reforma del CP de 2015 en la aplicación de las medidas a imponer al menor (Art. 9.1 LORPM)*

La LORPM incorpora en el art. 7 un amplio catálogo de medidas que el Juez puede imponer a los menores infractores⁶³. Cabe resaltar que la valoración que ha merecido el elenco de medidas establecido ha sido muy positiva⁶⁴, no sólo por su amplitud y variedad, sino fundamentalmente por la adopción de los criterios que deben inspirar su elección (art. 7.3 LORPM)⁶⁵. La flexibilidad en la imposición de la medida y el hecho de que el Juez la seleccione teniendo en cuenta consideraciones de prevención especial positiva es lo que permite aspirar a la consecución del interés del menor, teniendo presente la finalidad educativa-responsabilizadora en la respuesta penal⁶⁶.

Sin embargo, a pesar de que la propia LORPM prevé un amplio margen de discrecionalidad judicial a la hora de seleccionar y aplicar la medida, el art. 9 establece una serie de limitaciones en aquellos supuestos en los que el menor comete infracciones de menor gravedad⁶⁷. Por lo que aquí interesa, concretamente el art.

⁶³ Existen divergencias en la doctrina por lo que respecta a la naturaleza de las medidas a imponer. Así, un sector considera que se aproximan a las medidas de seguridad, DE LA ROSA CORTINA, “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, LLP 36, 2007, 51; BUENO ARÚS, “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 291 s. En contra, TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 31. Considerando que se trata de auténticas penas, v. por ejemplo, LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho Penal de menores*, 2ª, Tirant lo Blanch, 2007, 66 ss.; CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC 13-13*, 2011, 6; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 365.

⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *RP* 9, 2002, 13, dado que el amplio catálogo refleja la intención inicial del legislador de evitar que la privación de libertad se convierta en la respuesta generalizada ante la comisión de hecho por parte del menor; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 81 s.; FERNÁNDEZ MOLINA, *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 216.

⁶⁵ Art. 7.3 LORPM: *Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas*. “Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

⁶⁶ BOLDOVA PASAMAR, “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 104.

⁶⁷ Así, el art. 9.4 LORPM establece como limitación la imposibilidad de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado cuando el menor infractor haya cometido un hecho imprudente.

9.1 hace referencia los casos en los que el menor comete un hecho constitutivo de falta (ahora delito leve)⁶⁸. En principio, si el hecho es calificado como delito leve sólo podrán imponerse medidas de libertad vigilada, prohibición de comunicarse o acercarse a la víctima u otras persona y realización de tareas socio-educativas hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas y privación del permiso de conducir u otras licencias hasta un año⁶⁹.

Conforme a lo manifestado con anterioridad, parece que tras la reforma de 2015 la simple sustitución del término falta en la LORPM por delito leve se circunscribiría a una mera modificación terminológica, permaneciendo los mismos límites a la hora de escoger la medida aplicable cuando el menor comete un delito leve. Sin embargo, esto no es así. Teniendo presente el carácter supletorio del Derecho penal de adultos respecto del de menores no debemos olvidar que existen modificaciones normativas en el CP que, por insustanciales que sean, generan un impacto evidente en la aplicación de la LORPM. Un ejemplo de ello es la presencia casi marginal de la pena de localización permanente en el CP tras la reforma de 2015.

Como pena privativa de libertad prevista para las faltas, la localización permanente se introdujo en nuestro ordenamiento a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Posteriormente, con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, esta pena no sólo experimentó una importante expansión por lo que respecta a su duración (de los 12 días como tiempo máximo pasó a los seis meses), sino que también varió su naturaleza, ya que de ser una pena leve pasó a ser considerada también como pena menos grave (de tres meses y un día a seis meses), aplicable a los delitos menos graves. Finalmente, en la reforma de 2015 el legislador decidió minimizar la presencia de la localización permanente, dado que no sólo redujo el tiempo máximo de duración a los tres meses, sino que restringió su aplicación al ámbito de los delitos leves (arts. 13.3 y 33.4 CP). Concretamente sólo está prevista como pena principal en los delitos de amenazas, coacciones e injurias de carácter leve que afectan al ámbito de la violencia doméstica en los dos primeros supuestos y a la violencia doméstica y de género en el tercero (arts. 171.7 segundo párrafo, 172.3 segundo párrafo y 173.4 CP), a diferencia de la regulación anterior en donde

⁶⁸ Art. 9.1 LORPM: “*Régimen general de aplicación y duración de las medidas*. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses”.

⁶⁹ En este sentido, y coincidiendo con la opinión de GÓMEZ RIVERO, “Comentario al artículo 9”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 138, conforme a la regulación anterior a la reforma del CP de 2015 podía resultar desproporcionado que frente a las faltas cometidas por adultos, castigadas generalmente con pena de multa o de localización permanente, al menor de edad se le pudiera imponer medidas tales como la libertad vigilada o la realización de tareas socioeducativas.

estaba prácticamente presente como pena única o alternativa en casi todas las faltas⁷⁰. Esto significa que en la práctica, queda limitada su aplicación como pena resultante de acordar la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, según lo previsto en el art. 53 CP y como sustitutivo penal en los casos en los que la pena a aplicar sea inferior a tres meses (art. 71.2 CP). El interrogante que se plantea es evidente: ¿Qué consecuencias podría tener esta modificación en la legislación de menores si la localización permanente no está prevista como medida a imponer a los menores infractores en el art. 7 LORPM?

Como analizaré a continuación, la supresión de la pena de localización permanente en casi la totalidad de los delitos leves (salvo las excepciones señaladas), castigados ahora con pena de multa, implica colateralmente la imposibilidad de imponer al menor infractor las medidas privativas de libertad previstas en el art. 9.1 LORPM, a pesar de la invariabilidad de este precepto. La razón no es otra que el respeto al principio acusatorio, más correctamente denominado principio de proporcionalidad⁷¹, previsto en el art. 8 LORPM.

3.2. La importancia del principio de proporcionalidad (art. 8 LORPM) como límite a la imposición de medidas privativas de libertad en los delitos leves

En la jurisdicción penal de menores el principio acusatorio aparece recogido en el art. 8 LORPM. Si bien este precepto consta de dos párrafos que se engloban bajo la misma nomenclatura, sólo el primero de ellos responde propiamente al contenido del mencionado principio⁷². Ello implica que el Juez de Menores, atendiendo a la graduación establecida en el art. 7.1 LORPM, no puede adoptar medidas más restrictivas de derechos o de duración superior a las solicitadas por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular. Por el contrario, en el párrafo segundo se establece la imposibilidad de sancionar al menor con una medida privativa de libertad más gravosa que la que le hubiera correspondido en caso de ser adulto. Dicha previsión alude más bien al principio de proporcionalidad, dado que el límite a la duración de las medidas opera independientemente de la acusación formulada

⁷⁰ Tal y como se establece en la EM de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantiene la pena de localización permanente con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima de violencia doméstica puede conllevar la imposición de una pena de multa.

⁷¹ De este modo, entre otros SANZ HERMIDA, “Comentario al artículo 18”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 132; COLÁS TURÉGANO, *Derecho Penal del Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 83, poniendo de manifiesto la dimensión garantista del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la respuesta punitiva no debe nunca sobrepasar la medida de la culpabilidad, en aplicación de lo dispuesto en la STC 36/1991, de 14 de febrero.

⁷² Art. 8 LORPM: “*Principio acusatorio*. El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal”.

por las partes acusadoras. En definitiva, con ello se impide tratar al menor con mayor rigor y severidad que si fuera adulto por la comisión de infracciones penales idénticas.

Tal y como establece el propio art. 8 LORPM, pudiera parecer que el principio de proporcionalidad opera exclusivamente sobre las medidas privativas de libertad y no sobre el resto de medidas recogidas en el art. 7 LORPM. Sin embargo, creo que la aplicación de los límites derivados del principio de proporcionalidad debe ser mantenida en relación con todas las medidas, dada su importancia como garantía de seguridad jurídica y la preservación del interés del menor⁷³. Ello nos lleva a la conclusión de que el tratamiento jurídico-penal dispensado al menor en ningún caso podrá ser más gravoso que el que le hubiera correspondido en caso de ser mayor de edad.

Regresando al tema que nos ocupa, la práctica eliminación en el 2015 de la pena de localización permanente en el CP tiene evidentes repercusiones en la aplicación de la LORPM. A no ser que se infrinja el principio de proporcionalidad previsto en el art. 8 LORPM, como la mayoría de los delitos leves ya no llevan aparejada en el CP la pena de localización permanente sino la pena de multa, en estos casos ya no se podrá aplicar una medida privativa de libertad cuando sea un menor el autor del hecho delictivo⁷⁴. Eso significa que, a diferencia de lo que ocurría hasta 2015, actualmente ya no se puede imponer la medida de permanencia de fin de semana cuando el menor infractor haya cometido una serie de delitos que, atendiendo a su tipología, son de fácil comisión por parte de menores. Además, en mi opinión y utilizando idéntica argumentación, tampoco será posible la imposición de medidas no privativas pero sí restrictivas de libertad, como puede ser el caso de la libertad vigilada contemplada en el art. 9.1 LORPM⁷⁵. Este es el caso, a modo de ejemplo, del maltrato de obra (art. 147.2 CP), el hurto (art. 234.2 CP), la estafa (art. 249 CP), la apropiación indebida (art. 254.2 CP), la sustracción de cosa mueble por su legítimo propietario (art. 236.2 CP), las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255.2 CP), la defraudación en terminales de telecomunicación (art. 256.2 CP) o los daños (art. 263.1 inciso segundo) siempre en una cuantía inferior a los 400

⁷³ V. ampliamente ABEL SOUTO, “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, *EPC* 24, 2002, 39 s.; “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *AP* 43, 2003, 1089 s.; JERICÓ OJER, “La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado principio de proporcionalidad) en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento del menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?”, *RP* 31, 2013, 147 s.

⁷⁴ Así, Dictamen 1/2015, sobre criterios de adaptación de la LORPM a la Reforma del Código Penal por LO 1/2015, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la FGE.

⁷⁵ El art. 9.2 LORPM también prevé la posibilidad de establecer una medida privativa de derechos como es la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. En este sentido, cabe destacar que el art. 57.3 CP también contempla esta posibilidad para los infractores adultos como pena accesoria y siempre cuando se haya cometido algún delito de los previstos en el art. 57.1 CP.

euros y el delito de hurto y robo de uso de vehículo a motor (arts. 244.1 y 2 CP). Por lo tanto, la posibilidad de imponer la medida privativa de libertad de permanencia de fin de semana y la restrictiva de libertad vigilada por la comisión de delitos leves se reduce a los casos en los que el menor haya cometido un delito de amenazas, coacción e injuria y vejación de carácter leve que afectan al ámbito de la violencia doméstica (arts. 171.7 segundo párrafo, 172.3 segundo párrafo y 173.4 CP), dado que para estos delitos el CP sí que prevé una pena privativa de libertad.

La reducción de la posibilidad de imponer al menor una medida privativa o restrictiva de libertad cuando comete un delito leve merece una breve valoración por mi parte. En mi opinión esta limitación es positiva. Creo que si en el Derecho penal de adultos es clara la orientación políticocriminal de eliminación de las penas privativas de libertad para los delitos leves⁷⁶, el mismo efecto se debe exigir cuando es el menor quien comete el hecho delictivo. No sólo porque en el ámbito de la legislación penal de menores se debe robustecer el principio de intervención mínima, sino también porque llegado el caso de imponer una sanción en la medida de lo posible se debe evitar que esta consista en una medida privativa de libertad⁷⁷, más aun cuando se trata de la comisión de hechos leves. Pero, ¿resulta adecuada su imposición en los excepcionales casos en los que, frente a la comisión de un delito leve, el principio de proporcionalidad permite imponer una medida de este tipo?

Según lo establecido en el art. 7.1 g) LORPM, esta medida supone la permanencia desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo en el domicilio o en un centro, del que se autorizará su salida para la realización de las tareas socio-educativas asignadas por el Juez de Menores⁷⁸. Lo cierto es que la doctrina no se ha posicionado de forma unánime por lo que respecta a la adecuación y eficacia de esta medida. Así, mientras que algunas opiniones se muestran favorables a su aplicación, especialmente frente a la comisión de actos vandálicos⁷⁹ o ante determinadas tipologías delictivas⁸⁰, otro sector considera que, dado su escaso límite temporal de aplicación, dificulta el desarrollo y puesta en marcha de un plan educativo tendente a enfrentar al menor con su hecho, concienciándole del injusto y

⁷⁶ Con independencia de si las razones que conducen al legislador a reducir la imposición de penas privativas de libertad vengan motivadas por el respeto al principio de proporcionalidad o, como parece más posible, por el afán recaudatorio que se persigue con la imposición de las penas de multa.

⁷⁷ Así, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 15 s.

⁷⁸ Art. 7.1 g) LORPM: “Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia”.

⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *RP* 9, 2002, 21.

⁸⁰ Como así se señala en la Memoria de la FGE de 2017, 603, al recoger el desacuerdo de los Fiscales de Menores con relación a la imposibilidad de imponer esta medida en la actualidad, calificada de muy eficaz para los delitos de hurto o lesiones.

proporcionándole hábitos de comportamiento que redunden en beneficio de la sociedad⁸¹.

Al margen de la necesidad de limitar razonablemente la aplicación de medidas privativas de libertad, creo que la medida de permanencia de fin de semana en domicilio y centro tiene sus ventajas, pero también sus inconvenientes. Por lo que respecta a las primeras podríamos señalar que al posibilitar su cumplimiento en el propio domicilio la medida carece de efectos estigmatizantes y permite mantener al menor sus vínculos familiares. Como acertadamente se ha señalado⁸², esto significa también la necesidad de que el núcleo familiar se involucre en la ejecución de la medida y asuma cierto compromiso en interés superior del menor. Por otro lado, el cumplimiento de la medida en el domicilio no elimina las disfunciones que se pueden crear, puesto que las diversas condiciones de cumplimiento de la medida dependen notablemente de la condición socioeconómica del entorno del menor y puede que no en todos los casos se logre esa finalidad educativa⁸³.

Puede ser que en algunos casos la imposición de la medida de permanencia de fin de semana sea adecuada cuando se realiza en el propio domicilio y siempre que exista un compromiso real de colaboración por parte del núcleo familiar. Creo por lo tanto que la adecuación no depende tanto de la tipología de delitos que pueda cometer el menor infractor (lesiones o hurtos, como señala la FGE), sino de la implicación familiar en la implementación de la medida. Además, no puede olvidarse que a partir de la reforma de 2015 la medida de permanencia de fin de semana en los delitos leves sólo se podrá aplicar cuando el menor haya cometido un delito de amenazas, coacción e injuria y vejación de carácter leve que afectan al ámbito de la violencia doméstica. Es paradójico que, precisamente por la comisión de este tipo de delitos, la medida aplicable sea la permanencia en el domicilio, lugar donde probablemente se localicen una gran parte de los hechos que dan lugar a la violencia doméstica.

Por lo tanto, no en todos los casos ni es posible ni tampoco deseable que el menor cumpla la medida en su propio domicilio, precisamente porque atendiendo a las propias características del núcleo familiar es desaconsejable que el menor permanezca en este entorno. Surge entonces la posibilidad de que la medida se cumpla en un centro distinto al domicilio durante el fin de semana. El plantear alternativamente el cumplimiento de la medida en el centro tropieza con la escasa duración que prevé la medida que hace prácticamente imposible la aplicación de cualquier programa que evite una reiteración en el futuro. Es precisamente el período de tiempo

⁸¹ PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 93.

⁸² CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, 152.

⁸³ SAN MARTÍN LARRINOA, "Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 118 s.

tan escaso establecido para su cumplimiento lo que puede hacer que la medida se torne ineficaz y se aleje de los fines educativo-sancionadores que postula la LORPM, adquiriendo más bien fines propios del Derecho penal de adultos muy vinculados con finalidades preventivo generales negativas⁸⁴ y también inocuidadoras⁸⁵. Realmente poco más que el fin disuasorio se puede pretender cuando no existe tiempo suficiente para implementar actividades que redunden positivamente en el interés del menor.

Atendiendo a estas consideraciones, es probable que la imposición de medidas de otra naturaleza, como por ejemplo pueden ser las prestaciones en beneficio de la comunidad (art. 7.1.k) o la realización de tareas socioeducativas (art. 7.1. l) a través por ejemplo de la asistencia a talleres de aprendizaje de competencias sociales que permitan la reintegración del menor en régimen de libertad sean muchísimo más efectivas para permitir que el menor se autorresponsabilice, adquiera las habilidades necesarias para un correcto desarrollo personal y social y que le permitan evitar comportamientos de este tipo⁸⁶, en definitiva y como finalidad, evitar la reiteración delictiva.

En otro orden de cosas, las limitaciones establecidas en el art. 9.1 LORPM también van a tener repercusiones en la categoría de delitos menos graves que, como consecuencia de lo establecido en el art. 13.4 CP, han mutado a delitos leves. Con anterioridad a la reforma, estas infracciones eran consideradas delito menos grave y, por lo tanto, no les eran aplicables las restricciones previstas en el art. 9 LORPM. Es decir, era posible por ejemplo la imposición de prestaciones en beneficio de la comunidad superiores a 50 horas o la imposición de una libertad vigilada, la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima y la realización de tareas socioeducativas por un tiempo superior a seis meses. A partir del año 2015 los delitos leves que se incorporan a esta categoría por aplicación del art. 13.4 CP van a ver reducida su sanción por lo que respecta a la naturaleza de las medidas a aplicar y, sobre todo, a su duración. Esto implica la imposición exclusiva de las medidas

⁸⁴ Interesante la reflexión que realiza FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 9”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 189, cuando manifiesta que si tenemos en cuenta que en el caso del infractor adulto el cumplimiento de la pena de localización permanente se llevará a cabo preferentemente en domicilio, esto deberá ser tenido en cuenta para determinar el lugar de cumplimiento de la medida por el menor, con el fin de evitar que la aplicación de la medida sea más gravosa que la de los adultos.

⁸⁵ Por ejemplo si se entiende que con la ejecución de la medida lo que se pretende es simplemente neutralizar al menor a través de su aislamiento.

⁸⁶ En los supuestos en los que el principio de proporcionalidad lo permita podría ser aplicable la medida de la libertad vigilada prevista en el art. 7 h) 2ª LORPM, consistente en la asistencia del menor a programas formativos o educativos supervisados por personal especializado. Destacando las bondades de esta medida, v. GÓMEZ RIVERO, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *RP* 9, 2002, 20. Así señala que el cumplimiento de esta medida permite un seguimiento individualizado del menor, respetando su libertad y supone además la implicación de la comunidad en una problemática en la que posiblemente ella sea también generadora. Sin embargo, señala que los pilares del éxito de esta medida descansan en el hecho de que sea un profesional el que geográficamente se encuentre próximo al menor, que los profesionales que realicen el seguimiento sean cualificados y, finalmente, de la coordinación de las diversas instituciones como cauce para lograr la integración social del menor.

establecidas en el art. 9 LORPM con su correspondiente limitación por lo que respecta a su duración.

4. La inclusión de la pena de prisión permanente revisable en el CP: su incidencia por lo que respecta a la calificación de los hechos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM)

Como he señalado anteriormente, mientras las reglas generales establecidas en los arts. 7 y 9 LORPM responden a los principios básicos que orientan la respuesta penal cuando el infractor es menor de edad (esto es, flexibilidad, proporcionalidad y finalidad educativa), el contenido del art. 10 LORPM se define de manera antagónica, es decir, asume la rigidez propia del Derecho penal de adultos contraria a las orientaciones políticocriminales que deben inspirar el Derecho penal de menores⁸⁷. Motivado por las reformas llevadas a cabo por la LO 7/2000 y 8/2006, podríamos considerar que el endurecimiento de las medidas previsto en este precepto es doble, no sólo porque se incrementa su duración general, sino porque además *obliga* al Juez de Menores a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado seguida, en algunos casos, de la medida de inhabilitación absoluta (art. 7.1.ñ)⁸⁸.

Por lo que respecta al objeto de esta investigación creo que es importante señalar los impactos que la reforma del CP de adultos ha tenido sobre dos categorías previstas en el art. 10 LORPM y cuyas consecuencias son relevantes: los hechos calificados de *máxima gravedad* (art. 10.2 LORPM) y aquellos que revisten *extrema gravedad* (art. 10.1.b) apartado segundo).

La delimitación de las infracciones de *máxima gravedad* no ha generado particulares problemas interpretativos, dado que *ex lege* son aquellas que expresamente recoge el art. 10.2 LORPM, es decir, los delitos castigados con penas de prisión de quince o más años y los tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP, con independencia de la edad del infractor⁸⁹. Cuestión distinta es el juicio de

⁸⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 10”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 201 s.; CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC 13-13*, 2011, 15 s., 35, quien señala que poco tendrá de educativa la medida cuando se necesita prácticamente una década para educar, dada la duración prevista en el art. 10 LORPM.

⁸⁸ GÓMEZ RIVERO, “Comentario al artículo 10”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 146.

⁸⁹ Sin embargo, la duración de las medidas a aplicar será diversa dependiendo de si nos encontramos a un menor entre 14 y 15 o si se trata de un menor entre 16 y 17 años. Según lo dispuesto en el art. 10.2, en el primer caso, *se deberá* imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. En el segundo caso *se deberá* imponer al infractor de dieciséis o diecisiete años una medida de internamiento en régimen cerrado mínima de un año y que puede llegar hasta los ocho años, sin que pueda ser modificada, suspendida o sustituida hasta que haya transcurrido al menos la mitad de la duración del internamiento. Además es obligatorio imponer una medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.

idoneidad y su adecuación con respecto la deseable finalidad sancionadora educativa que ofreció la versión primigenia de la LORPM. No podemos olvidar, aunque no sea específicamente objeto de este estudio, que las sucesivas reformas de las que ha sido objeto la LORPM han sido claro ejemplo del denominado Derecho penal de la seguridad⁹⁰, puesto que han implicado la incorporación de criterios preventivos generales y retributivos en detrimento de los criterios de prevención especial y del interés superior del menor⁹¹.

Atendiendo a la modificación del CP de 2015, podría ser interesante plantear si existen infracciones en el CP que como consecuencia de la reforma pasan a consideradas infracciones de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM). La respuesta es afirmativa, no precisamente porque se haya modificado la LORPM, sino porque existen delitos que han incrementado su pena y esta alcanza como mínimo los quince años de prisión. Sería un claro ejemplo el delito de detenciones ilegales y secuestro sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP), dado que a partir de 2015 la comisión de los mismos se castigará con la pena de prisión de diez a quince años y de quince a veinte años respectivamente⁹².

Indudablemente mayor interés presenta la casuística inversa, es decir, la posibilidad de que infracciones que anteriormente eran consideradas de máxima gravedad, con la reforma del CP de adultos de 2015 ya no puedan ser calificadas de tal modo. Evidentemente ese abandono no se produce porque se hayan eliminado las referencias a algún delito específicamente recogido en el art. 10.2 LORPM, ni tampoco porque la pena de otros haya visto reducido su límite máximo por debajo de los 15 años de prisión. Pero sí creo que merece la pena analizar si, *desde la perspectiva del Derecho penal de menores*, podrían ser considerados hechos de máxima gravedad aquellos delitos a los que se les asigna la pena de prisión permanente revisable⁹³ y cuyo encaje formal dentro de los delitos “castigados con pena de prisión igual o superior a quince años” resulta, cuando menos, discutible. La duda que se plantea es delimitar si estos delitos a los que, con anterioridad a la reforma de 2015 se les asignaban penas altísimas (generalmente superiores a los quince años de prisión), pueden ser considerados ahora infracciones de máxima gravedad,

⁹⁰ GARCÍA PÉREZ, “La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 41.

⁹¹ V. extensamente BARQUÍN SANZ/ CANO PAÑOS, “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”, *RDPCrim* 18, 2006, 63-78; CANO PAÑOS, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, *RECPC* 13-13, 2011, 22-32; OLAIZOLA NOGALES, “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?”, *RP* 31, 2013, 191 ss.

⁹² Resulta relevante esta modificación, dado que según la legislación anterior a la reforma de 2015 no en todos los casos en los que no se daba razón del paradero de la persona detenida la pena alcanzaba como mínimo los quince años de prisión. Serían los supuestos previstos en los anteriores arts. 163.1, 163.3 y 165 CP.

⁹³ Como por ejemplo el delito de asesinato hiperagravado (art. 140 CP), el delito de magnicidio (art. 485.1 CP), el homicidio de un Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 605.1 CP) o los delitos de genocidio o de lesa humanidad (arts. 607 y 607 bis CP).

dado que la pena que se les asigna es una pena privativa de libertad pero que no la pena de prisión, tal y como exige el art. 10.2 LORPM.

Por un lado, podría ser razonable sostener que la teleología del precepto y la coherencia sistemática favorecen la inclusión de estos delitos en la categoría de infracciones de máxima gravedad. Podría defenderse que estos delitos llevan aparejada una pena de mayor gravedad que la pena de quince años de prisión (art. 33.2 a) CP) y que, atendiendo al espíritu de la ley, resulta aconsejable su encaje. Una interpretación extensiva del precepto, acorde al principio de legalidad, permitiría considerar que dentro de la expresión “pena de prisión igual o superior a quince años” se puede incluir la pena de prisión permanente revisable. Al margen del requisito de la penalidad, podría también interpretarse que los delitos a los que se les asigna en la actualidad la pena de prisión permanente revisable pueden ser calificados como hechos de máxima gravedad, ya que en realidad son tipos derivados de un tipo básico que expresamente aparece recogido en el listado de delitos del art. 10.2 LORPM, como por ejemplo sería el caso del asesinato hiperagravado del art. 140 CP (con relación al art. 139 CP).

Sin embargo, contrariamente podría interpretarse el término prisión de manera restrictiva. De este modo se argumentaría que la referencia punitiva que se lleva a cabo el art. 10.2 LORPM es exclusivamente a la pena de prisión y no a otra pena privativa de libertad, sin que la alusión a la pena de prisión sea extensible a la prisión permanente revisable. Así, se podría sostener que si bien ambas son penas privativas de libertad el legislador penal les dota de plena singularidad. En primer lugar no sólo porque las individualiza en el art. 35 CP, sino también porque formalmente les confiere una autonomía en el elenco de penas graves del art. 33.2 CP. En segundo lugar, porque establece reglas específicas para determinar la pena inferior en grado para la prisión y la prisión permanente revisable (arts. 62 y 70.4 CP), la aplicación de las penas en los supuestos de concurso real (arts. 76.1 a), b), c) y d) y 76.1. d) CP) o la progresión al tercer grado (art. 78 bis 1 CP). Además, el legislador no hace referencia a la “pena igual o superior a los quince años de prisión”, en donde efectivamente podría ser admisible el empleo de una interpretación extensiva, sino a una “pena de prisión igual o superior a quince años”, en donde la referencia a la pena de prisión resulta fundamental, sin que quepa incluir aquí la pena de prisión permanente revisable. Además, desde una interpretación teleológica-valorativa no del precepto, sino de la LORPM, la integración de la prisión permanente revisable en el art. 10.2 supondría no atender a principios inspiradores básicos en la legislación penal de menores, como es el carácter educativo de las medidas que se deben aplicar a los menores infractores.

Por lo que respecta al argumento de la vinculación de estos delitos con los tipos penales expresamente recogidos en el art. 10.2 LORPM y que son calificados como hechos de máxima gravedad se podría oponer, en primer lugar que no todos los

delitos que llevan aparejada la pena de prisión permanente revisable son tipos derivados de los que aparecen en dicho precepto (realmente sólo sería tipo derivado el art. 140 CP con relación al art. 139 CP). Además, en segundo lugar sistemáticamente podría defenderse que cuando el legislador penal desea calificar los tipos agravados como hechos de máxima gravedad en la LORPM así lo hace expresamente, como es el caso del art. 179 CP. *Sensu contrario*, puede ser discutible que los tipos agravados que no están previstos expresamente en el listado sean considerados hechos de máxima gravedad.

Si esto fuera así, sería al menos dudoso que los casos de mayor gravedad para el legislador penal castigados en el CP con la pena de prisión permanente revisable pudieran ser calificados de máxima gravedad si fueran cometidos por un menor, dado que ni encajan en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP, ni tampoco llevan aparejada una pena de prisión de prisión igual o superior a quince años. Probablemente nos encontremos ante otro efecto colateral de la reforma de 2015 no previsto por el legislador, dado que cuando menos es discutible afirmar con toda seguridad que los delitos que llevan aparejada la pena de prisión permanente revisable son considerados delitos de máxima gravedad en la legislación de menores, atendiendo a esta última interpretación.

Al margen de la valoración negativa que en mi opinión merece la prisión permanente revisable, considero que aunque evidentemente no sea el efecto pretendido, sí que la inclusión de esta pena en el CP de adultos puede tener ciertas consecuencias positivas en la legislación de menores. Creo que habría que diferenciar sus implicaciones dependiendo de la edad del infractor: si se tratara de un menor de catorce o quince años sería de aplicación el art. 10.1 a) LORPM, en virtud del cual el Juez podrá imponer una medida de régimen cerrado no superior a los tres años de duración. Por el contrario, si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años, el art. 10.1.b) LORPM establece que la duración máxima de la medida serán seis años. En este último supuesto, si el hecho fuera considerado de extrema gravedad la imposición de la medida será obligatoria (art. 10.1.b) apartado segundo LORPM), aunque tendrá una duración menor a la prevista para los hechos de máxima gravedad.

Si esto significa eliminar supuestos subsumibles en la categoría de infracciones de máxima gravedad en la legislación de menores y la obligatoriedad de imponer medidas altísimamente gravosas y alejadas del principio de flexibilidad que debe guiar la respuesta penal frente al menor infractor, podríamos acoger favorablemente este efecto colateral. En algunos casos nos encontraríamos, por lo tanto, ante una transición desde “el Juez de Menores *debe imponer* una medida de internamiento en régimen cerrado” que según los casos puede durar hasta ocho años hacia “el Juez de Menores *puede imponer* una medida de internamiento en régimen cerrado” que no podrá ser superior a los seis años, que será de carácter obligatorio si el

menor tiene dieciséis o diecisiete años y el hecho es considerado de extrema gravedad.

No quiero finalizar este apartado sin poner de manifiesto el efecto perverso que para el menor infractor supondría la eliminación de la prisión permanente revisable en el CP de adultos. Es posible que la actual regulación en el Derecho penal de adultos, si se mantiene la interpretación anteriormente señalada, cuestione la aplicación del art. 10.2 LORPM para algunos hechos gravísimos, lo que de ningún modo elimina la posibilidad de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Lo único que se elimina con esta interpretación es la imposición obligatoria de esta medida y se permite un mayor acercamiento al principio de flexibilidad que inspiró la creación primigenia de la LORPM en el año 2000. Con la actual LORPM, la desaparición de la pena de prisión permanente revisable supondría probablemente una oportunidad para el legislador de seguir incrementando las penas de prisión (superiores a las previstas en el art. 139 CP y en todo caso superiores a 15 años) activando nuevamente la integración de la conducta en la categoría de infracciones de máxima gravedad y la aplicación obligatoria de las exacerbadas medidas contempladas en el art. 10.2 LORPM. Creo que la solución pasa indudablemente por la eliminación de la pena de prisión permanente revisable en el CP de adultos, dado que cuestiona principios constitucionales básicos y no responde a los fines preventivos que se presumen en la aplicación del Derecho penal, así como la supresión de los arts. 10.1. b) apartado segundo y 10.2 LORPM.

5. Las agresiones sexuales a menores de 13 ó 16 años (art. 183 CP): la posible fuga de la categoría de los delitos de máxima gravedad.

Desde su aprobación en el año 1995, los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de numerosas reformas⁹⁴, especialmente por lo que se refiere a las previsiones que afectan a los menores de edad. Así, la LO 11/1999, de 30 de abril introdujo en su art. 180 CP una agravación de la pena para el delito de agresión sexual (arts.

⁹⁴ Así, por ejemplo, CUERDA ARNAU, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *RECPC 19-09*, 2017, 28-38, quien denuncia la inexistencia de una evaluación ex ante y ex post de las sucesivas reformas en esta materia y aborda el análisis bajo las supuestas premisas que condujeron a las mismas: la insuficiente regulación vigente para tutelar adecuadamente la libertad/indemnidad sexual de los menores o incapaces y la existencia de obligaciones internacionales dirigidas a dotar a los menores de una tutela más eficaz. La autora concluye en su estudio la evidente irracionalidad de las reformas implementadas en materia de Derecho penal sexual, atendiendo principalmente a la falta de fundamentación empírica previa que justificase los cambios normativos y a la inexistencia de análisis serios que hayan evaluado el impacto de las sucesivas reformas, por ejemplo a partir de las estadísticas judiciales o a la evaluaciones cualitativas de la criminalidad incluidas en las diversas Memorias de la FGE. Así, continúa señalando la autora “en la Memoria que recogía los datos del año 2014, esto es, inmediatos a la reforma de 2015 se afirma que se ha producido “una involución en la referida a los delitos (contra la libertad/indemnidad sexual) con víctimas menores, que se reducen casi a la mitad”. Y todo ello, por no hablar de que en los últimos cinco años ninguna de las Memorias del órgano encargado de la persecución penal incluya en el capítulo de propuestas de reforma legislativa alguna que tenga que ver con la modificación de la regulación sustantiva de estos delitos”.

178 y 179 CP)⁹⁵ cuando la víctima fuera especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando fuera menor de trece años⁹⁶. Es muy importante tener presente que entre esta y la ulterior reforma del CP de 2010, que afectó sustancialmente a la regulación de los delitos contra la libertad sexual, se aprobaron la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo y la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, que modificaron la redacción primigenia de la LORPM. Como consecuencia de la entrada de en vigor de ambas leyes se introdujo en la legislación penal de menores la categoría de infracciones de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) en los términos que he explicado con anterioridad. En aquel momento no había, por lo tanto, ningún problema para considerar que las agresiones sexuales cometidas sobre menores de trece años eran calificadas como hechos de máxima gravedad al estar tipificados en el art. 180 CP, precepto expresamente previsto en el art. 10.2 LORPM.

Posteriormente, la LO 5/2010, de 22 de junio reestructuró los delitos contra la libertad sexual en el CP, manteniendo el subtipo agravado del anterior 180.1 CP pero con la remisión expresa al art. 183 CP en determinados supuestos:

“Art. 180.1 CP: Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) 3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, *salvo lo dispuesto en el artículo 183*”. (cursivas añadidas).

Es decir, el nuevo art. 180.1.3^a modificó su redacción agravando la pena para el delito de agresión y de abuso sexual “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”. Eso implicó que a partir del año 2010 las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre menores de 13 años gozaran de una regulación autónoma en el Capítulo II bis del Título VII (art. 183 CP). Los motivos que condujeron al legislador a emprender una reforma de tal calado se tradujeron, tal y como aparece en el Preámbulo de la Ley, no sólo en la necesidad de incrementar el nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas sino también en la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Igualmente se argumentó que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiriría una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentaban estas conductas. Mediante

⁹⁵ Por su parte, el delito de abuso sexual se regulaba en los arts. 181 a 183 CP.

⁹⁶ Art. 180.1.3^o CP redactado conforme a la LO 11/1999, de 30 de abril: “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”.

las mismas, a juicio del legislador, se lesiona no sólo la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. De este modo, el nuevo art. 183 CP quedó como sigue:

Art. 183.1 CP: “El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un *menor de trece años* será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años (...).” (cursivas añadidas).

Los delitos contra la libertad sexual fueron reformados nuevamente por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con la pretensión de adaptar internamente la Directiva Europea 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sustituyendo de este modo la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. No le falta razón a Cuerda Arnau cuando señala que esta reforma se caracterizó por hacer del Derecho penal sexual el campo de experimentación de todos los afanes populistas y oportunistas⁹⁷. Así, como novedad más relevante destacó la elevación de la edad del consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años⁹⁸, consideración que fue calificado de controvertida por parte de la doctrina⁹⁹. La repercusión que puede tener esta modificación en el Derecho penal de menores es evidente dado que, al margen de lo establecido en la cláusula del art. 183 quáter¹⁰⁰, permite que sean consideradas punibles las relacio-

⁹⁷ CUERDA ARNAU, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *RECPC* 19-09, 2017, 26.

⁹⁸ Igualmente destaca la incorporación junto con el delito de agresión sexual, de la conducta consistente en compeler a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo, imponiendo idéntica pena.

⁹⁹ V. entre otros, SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 602; TAMARIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 424.

¹⁰⁰ Art. 183 quáter: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Evidentemente esta cláusula de exención de responsabilidad penal del art. 183 quáter del CP no ha contribuido a despejar las dudas principalmente por la inseguridad jurídica que genera. Por lo que respecta al análisis

nes sexuales mantenidas entre adolescentes de catorce o quince años con personas de su misma edad¹⁰¹.

En su nuevo art. 183 CP, el CP sigue recogiendo la distinción entre abuso y agresión sexual (apartados primero y segundo respectivamente), regulando expresamente el delito de violación en el apartado tercero, en todos los casos cuando la víctima es menor de dieciséis años.

Art. 183 CP: “1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2”.

A los efectos de la investigación que nos ocupa es muy importante tener en cuenta los siguientes presupuestos: 1º) Que en virtud de lo establecido en el art. 10.2 LORPM, por lo que respecta a los delitos contra la libertad sexual, sólo van a ser constitutivas de infracciones de *máxima gravedad* las conductas previstas en los arts. 179 y 180 CP o cualquier delito contra la libertad sexual que, sin ser ninguno de estos, tenga señalada una pena de prisión igual o superior a quince años y 2º) Que a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo, los abusos y agresiones sexuales realizados sobre menores de trece años y dieciséis años no van a estar regulados en el art. 180.3.3º CP, sino en el art. 183 CP. Es decir, a partir de 2010 y más concretamente después de 2015 (posteriores a la última reforma de la LORPM) los actos de carácter sexual realizados sobre los menores (de 13 o de 16 años) ya no van a encontrar su encaje penal en el art. 180.1.3ª CP (infracción considerada de máxima gravedad según el listado de delitos recogido en el art. 10.2 LORPM) sino que será de aplicación lo previsto en el art. 183 CP, precepto que, por otro lado, no figura expresamente dentro de las previsiones del art. 10.2 LORPM. Quedará analizar si pueden seguir formando parte de la categoría de hechos de máxima gravedad si se les ha asignado una pena de prisión igual o superior a quince años.

de esta cláusula v. extensamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”, *Estudios de Derecho Penal Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, 879 ss.

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 424.

Como hemos visto con anterioridad, las consecuencias prácticas son importantes, dado que de ello depende no sólo la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado sino fundamentalmente la imposición con carácter obligatorio o no de la misma. Un ejemplo más, unido a los anteriormente mencionados, de la incidencia tan importante que genera en el ámbito del Derecho penal de menores cualquier modificación de la legislación penal de adultos¹⁰², provocando ciertas disfunciones en muchas ocasiones no previstas por el propio legislador.

5.1. *La tesis de la FGE*

5.1.1. *La importancia de las sucesivas reformas en materia de libertad e indemnidad sexual para el Derecho penal de menores*

Poco tiempo transcurrió desde la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo cuando la FGE empezó a detectar las incidencias que podía ocasionar la reforma del CP en el ámbito de los menores. En el año 2015, con motivo de la celebración de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores se acordó la necesidad de mantener una interpretación teleológica del art. 183 CP, entendiendo que las agresiones sexuales a menores de trece años previstas en el anterior 180.1.3ª CP, tipificadas ahora en el art. 183 CP, debían seguir siendo consideradas delitos de máxima gravedad a la hora de aplicar el art. 10.2 LORPM. Posteriormente, en su Dictamen 2/2015¹⁰³, la FGE estableció algunas pautas interpretativas específicas sobre la aplicación del art. 10 LORPM en los delitos contra la libertad sexual, aunque dejó en suspenso la decisión de formular una propuesta de reforma legislativa a expensas de las posibles contingencias o interpretaciones divergentes que pudieran darse en los Juzgados de Menores¹⁰⁴. A tal efecto se concluyó en el Dictamen lo siguiente:

a) En primer lugar, la FGE deja patente que las agresiones sexuales recogidas en el art. 179 CP, que no ha sido objeto de modificación por la reforma de 2015, siguen integrando la categoría de infracciones de máxima gravedad. De ahí que si un menor comete los hechos tipificados en este precepto serán de aplicación en todo caso las medidas establecidas en el art. 10.2 LORPM. En este sentido, es importante recordar que según lo recogido en este precepto serán consideradas infracciones de máxima gravedad cuando el hecho sea constitutivo de los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP o de cualquier otro delito que tenga señalada pena de prisión de igual o superior a quince años.

¹⁰² De indudable interés será analizar el impacto que pueda ocasionar en la LORPM la proyectada reforma de los delitos contra la libertad sexual en el CP, iniciada tras la enorme repercusión que provocó el fallo del caso de “La Manada”.

¹⁰³ V. Dictamen 2/2015 sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

¹⁰⁴ Salvo error por mi parte, los Juzgados de Menores no han planteado ninguno tipo de interpretación alternativa.

b) Igualmente señala la FGE que no será de aplicación el art. 10.2 LORPM cuando la conducta del menor encaje en el delito de agresiones sexuales previsto en el art. 178 CP¹⁰⁵. Por el contrario, sí es posible considerar como hechos de máxima gravedad la agresión sexual sin acceso carnal del art. 178 CP siempre y cuando concurra alguna de las situaciones de agravación previstas en el art. 180 CP. Tampoco integrarían la categoría de infracciones de máxima gravedad los abusos sexuales previstos en los arts. 181 y 182 CP, aunque sí podrían ser calificados como hechos de extrema gravedad según lo dispuesto en el art. 10.1 b) segundo apartado LORPM.

El problema, como bien señala la FGE, se centra en la interpretación del art. 180 CP y más concretamente en el apartado 180.1.3^a, al agravarse la pena prevista para el delito de agresión sexual (art. 178 CP) y de violación (art. 179 CP) “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”.

Lo primero que sorprende es que la FGE asegure en su Dictamen que la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio no afectó a la aplicación del art. 10.2 LORPM, dado que no alteró el marco de referencia del art. 180 CP al que se remite. Para fundamentar esta tesis alude, en primer lugar, a que la redacción del art. 180 CP se mantuvo intacta en el año 2010, salvo lo relativo al art. 180.1.3^a CP. En segundo lugar, considera la FGE que, aunque se modificó la terminología del artículo, se seguía haciendo referencia a *víctimas especialmente vulnerables*, siendo este el fundamento y razón de ser de la agravación. Finalmente sostiene que el art. 180 CP seguía manteniendo la *edad como motivo que justifica la vulnerabilidad* de la víctima, a pesar de que en el art. 180 CP no se concretara el límite de la edad a partir de la cual se aplicaba la agravación y era operativo a partir de la remisión que realizaba al art. 183 CP, dedicado a los abusos sexuales y agresiones a menores.

Atendiendo a estas consideraciones, se puede concluir que la razón de por qué la FGE no considera alterada la situación es debido a que, antes y después de la reforma de 2010 (bien atendiendo al art. 180.1.3^o CP anterior a la reforma del 2010 o al art. 183 CP con posterioridad a esta fecha), se agrava la pena por el hecho de que la víctima sea en ambos casos un menor de trece años. Efectivamente, analizando el problema *desde la perspectiva del Derecho penal de adultos* materialmente es así, dado que en ambas regulaciones la aplicación de la agravación aparece condicionada por la existencia de una víctima menor de trece años. Cuestión diferente será determinar qué relevancia tiene esta modificación para el Derecho penal de menores y principalmente si se puede sostener esta interpretación según lo establecido en el art. 10.2 LORPM.

¹⁰⁵ Aunque estos hechos sí podrían constituir, a juicio de la FGE, hechos de extrema según lo establecido en el art. 10.1 b) apartado segundo LORPM aplicando las medidas recogidas en dicho precepto.

5.1.2. *El nuevo escenario tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo*

La FGE señala que el escenario que acabo de mostrar, que a su juicio era pacífico incluso tras la reforma de 2010¹⁰⁶, se ve alterado como consecuencia de la modificación del CP en el año 2015. Así, a pesar de que se siguen regulando de manera autónoma las agresiones y abusos sexuales a menores, se amplía considerablemente el marco sancionador agravando las agresiones sexuales a menores no de dieciséis años y se reputa como abuso sexual no consentido todo contacto sexual con un menor de esta edad. En opinión de la FGE “es evidente que el marco de referencia del art. 10.2 de la LORPM queda alterado, pues ahora la remisión del art. 180.1.3ª al 183 (salvo lo dispuesto en el art. 183) no es ya a menores de trece, sino a menores de dieciséis años”. De ahí que sea necesario precisar, dentro de diferentes supuestos que la propia FGE plantea en el Dictamen, cuáles darían lugar a infracciones de *máxima gravedad* (art. 10.2 LORPM) y cuándo se darían situaciones que justificarían apreciar la *extrema gravedad* (art. 10.1 b, segundo apartado LORPM). De este modo, la FGE sistematiza la casuística más frecuente a partir de la distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales a menores, considerando que la aplicación del art. 183 CP se lleva a cabo *con relación al art. 180.1.3ª CP*.

A juicio de la FGE esto implicaría lo siguiente:

1º) Por lo que respecta al *delito de violación a menores* (con penetración llevada a cabo mediante violencia o intimidación), la FGE considera que, al igual que si la víctima fuera un adulto, se tipifica conforme al art. 179 CP por lo que será en todo caso de aplicación el art. 10.2 LORPM. Señala que, al ser la víctima menor de dieciséis años, se introducirá también en la calificación jurídica el tipo correspondiente al art. 183 CP. Es decir, en el ámbito del Derecho penal de menores considera que la violación es un hecho de *máxima gravedad* puesto que la calificación jurídica vendría motivada por la concurrencia del art. 179 CP y, además, del art. 183 CP al ser la víctima menor de dieciséis años.

Por su parte, en el delito de agresión sexual del art. 178 CP (en donde no existe penetración o intento) habría que distinguir a juicio de la FGE los siguientes supuestos: a) al margen de la edad, se deberá aplicar en todo caso el art. 10.2 LORPM (infracción de máxima gravedad), si concurre alguno de los supuestos previstos en el tipo agravado del art. 180.1 CP; b) si la víctima fuera menor de cuatro años, en todo caso el hecho será constitutivo de una infracción de máxima gravedad, dada la indiscutible vulnerabilidad de la víctima (art. 183.4 a) en relación con el art. 180.1.3ª CP); c) en aquellos casos en los que la víctima sea menor de trece años, con carácter general habrá de sostenerse idéntica vulnerabilidad que justifica la apreciación del art. 180.1.3ª CP, en atención a los antecedentes históricos y legislativos del precepto. En este sentido, cuanto más baja sea la edad dentro de la franja

¹⁰⁶ Señala la FGE en el Dictamen que en la práctica tampoco se han tenido noticias de sentencias o resoluciones judiciales que plantearan esta cuestión.

entre cuatro y doce años más vulnerable debe estimarse la víctima; d) cuando la víctima tenga entre trece y quince años con carácter general ya no cabe apreciar la existencia de una infracción de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), salvo que en el caso concreto confluyan en el caso situaciones o circunstancias que la hagan especialmente vulnerable y e) cuando no concurren los supuestos del art. 180 CP en las agresiones sexuales del art. 178 CP podrá apreciarse la existencia de una infracción de extrema gravedad (art. 10.1 b LORPM) en función de las circunstancias concurrentes.

2º) La FGE también se pronuncia con relación al delito de *abusos sexuales* realizado sobre menores, distinguiendo varios supuestos. De este modo, no serían constitutivos de una infracción de máxima gravedad ningún caso de abuso sexual (con o sin penetración), ni tampoco ningún caso de abusos sexuales a menores tipificados en el art. 183.1, 3 y 4 del CP. No obstante, dada la pena que prevé el art. 183.1 CP (de dos a seis años de prisión), la FGE considera que se puede imponer al menor una medida de internamiento en régimen cerrado si las circunstancias del caso así lo aconsejan (art. 9.2 LORPM), pudiéndose ampliar la duración hasta tres o seis años conforme a lo previsto en el art. 10.1 a) y b) LORPM. Cuando el imputado fuera de mayor de dieciséis años y se estima la necesidad de un reproche mayor que no se satisface con la duración del internamiento será posible calificar el hecho como de extrema gravedad (art. 10.1 b) segundo apartado LORPM). En opinión de la FGE, esta calificación puede estar indicada en los casos de abusos con penetración a víctimas especialmente vulnerables, como es el caso de los menores de cuatro años (art. 184.4 a CP).

5.2. *Opinión personal*

A pesar de lo que sostiene la FGE, en mi opinión el origen de toda la problemática no debe situarse en la reforma operada en el año 2015, sino en la creación en 2010, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, de un capítulo propio que reguló específicamente las conductas de abusos y agresiones a menores de trece años. Como he señalado con anterioridad, la justificación de un tratamiento autónomo apareció recogida en el Preámbulo de la LO 5/2010 no sólo porque “en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas”, sino también porque “mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la persona y sexualidad el menor”. Probablemente esta tipificación autónoma no fue del todo necesaria y tampoco exigía la creación de un capítulo

específico¹⁰⁷. Pero al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la modificación llevada a cabo en el CP en el ámbito de los delitos sexuales en el año 2010 tuvo sus repercusiones en la LORPM, que se han reproducido con la reforma de 2015. Esto es así porque con anterioridad a 2010, tanto el delito de violación como las agresiones sexuales a menores se castigaban en el art. 180 CP, lo que en principio no planteaba problemas a la hora de calificar estos hechos como infracciones de máxima gravedad, precisamente por la previsión expresa que el art. 10.2 LORPM realizaba con relación al art. 180 CP.

Evidentemente, la tipificación en el año 2010 de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años a través del art. 183 CP planteó ya el problema de considerar si se seguían calificando las agresiones sexuales (con o sin penetración) a menores de trece años como infracciones de máxima gravedad, al no estar ya previstas en el art. 180 CP. Con la reforma de 2015 los abusos y agresiones sexuales a menores se siguen regulando en el art. 183 CP, con la salvedad de que se amplía la franja de edad hasta los dieciséis años.

El art. 180.1.3º CP actual recoge el tipo agravado cuyo fundamento radica en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, siempre y cuando dicha inferioridad venga determinada por la enfermedad, por su discapacidad o por la edad. Todo esto según establece el propio precepto, salvo lo dispuesto en el art. 183 CP que tipifica los abusos y agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años. Eso significa que la especial situación de vulnerabilidad por razón de la edad no abarca los casos en los que la víctima sea menor de 16 años, dado que el propio tipo penal ya lo excluye expresamente a través de la remisión al art. 183 CP¹⁰⁸. La especial vulnerabilidad prevista en el art. 181.3ª CP estaría contemplada para aquellas situaciones en las que la avanzada edad de la víctima favorece la ejecución del hecho a tenor de la disminución de sus posibilidades de defensa¹⁰⁹. Considero por lo tanto que la relación existente entre el art. 181.1.3ª CP y el art. 183 CP es la de un concurso de leyes, a resolver por el principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP)¹¹⁰.

Conocedora de las limitaciones que se introducen tasadamente a la hora de calificar las infracciones de máxima gravedad en el art. 10.2 LORPM, en mi opinión la

¹⁰⁷ Así, v. por ejemplo RAGUÉS I VALLÉS, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, *El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, La Ley Wolter Kluwer, 2012, 288, dado que deja sin sentido el bien jurídico indemnidad sexual y lo confunde con la libertad sexual, sin que fuera necesaria la creación de un capítulo específico.

¹⁰⁸ Calificando la agresión sexual exclusivamente por el art. 183 CP v. entre otras, STS 27/2017, de 24 de enero; STS 635/2017, de 26 de septiembre; STS 34/2018, de 23 de enero; STS 92/2018, de 22 de febrero. En la legislación penal de menores, v. entre otras SJM Girona 177/2014, de 31 de julio y SJM Barcelona 258/2014, de 25 de noviembre que condenan exclusivamente en virtud del art. 183.4 a) CP.

¹⁰⁹ GARCÍA RIVAS, “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, *Derecho Penal Español Parte Especial Tomo I*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 605.

¹¹⁰ A favor de la existencia de un tipo autónomo, v. GALLEGO SOLER, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 430; SAP Barcelona (Sección 2ª) 249/2014, de 25 de marzo (JUR 2014\149130).

FGE se afana en buscar vínculos formales que le permitan seguir sosteniendo que las agresiones sexuales a menores de dieciséis años del art. 183 CP encajan también en alguno de los preceptos expresamente mencionados en el art. 10.2 LORPM. Así por ejemplo considera infracciones de máxima gravedad en todo caso el delito de violación, la agresión sexual cuando la víctima es menor de cuatro años o se encuentra en la franja entre cuatro y trece años y algunos supuestos de agresión sexual cuando la víctima tiene entre trece y quince años. Y lo hace precisamente porque vincula la calificación jurídica de los hechos realizados sobre menores de dieciséis años recogida en el art. 183 CP con la tipificación realizada para los hechos cometidos sobre los mayores de dieciséis años (arts. 179 y 180.1.3ª CP). En su argumentación remite continuamente a los arts. 179 y 180 CP, que son precisamente los preceptos que en materia sexual permiten calificar los hechos como de máxima gravedad. En mi opinión no es correcto tipificar las violaciones a menores conforme al art. 179 CP y, dado que la víctima es menor de dieciséis años, introducir también en la calificación jurídica el tipo correspondiente al art. 183 CP. Ya he manifestado con anterioridad cómo existe un concurso de leyes entre ambos preceptos, a resolver a favor del art. 183 CP por el principio de subsidiariedad. Podría sostenerse que la opción que plantea la FGE abriría la posibilidad de admitir un concurso (ideal) de delitos, aplicando lo previsto en el art. 179 CP y 183 CP y vulnerando en mi opinión la prohibición del *non bis in idem*. Pero tampoco considero que la tesis planteada por la FGE pretenda tal calificación. Más bien intenta anudar formalmente la calificación de los hechos más graves que atentan contra la libertad sexual al art. 179 o 180 CP pero castigando finalmente por el art. 183 CP, dado que son las vías para permitir la aplicación del art. 10.2 LORPM. Pero quizás este planteamiento resulta igual de extraño que calificar los supuestos de complicidad del art. 29 CP con relación al art. 28 CP, preceptos entre los que existe igualmente un concurso de leyes a resolver expresamente por el principio de subsidiariedad. U optar en la calificación de un delito imprudente o intentado por incluir también la referencia al precepto doloso o consumado, a tenor de la subsidiariedad tácita existente entre los mismos respectivamente.

Por lo que respecta al delito de agresión sexual sin penetración (art. 178 CP), la FGE justifica en la mayoría de los casos la existencia de infracción de máxima gravedad considerando que la vinculación existente entre el art. 183 CP y el art. 180.1.3ª CP, se fundamenta en la especial vulnerabilidad de la víctima. Es indiscutible, en mi opinión, la concurrencia de una especial vulnerabilidad cuando la víctima es menor de cuatro años. Esto ya justifica la aplicación del art. 183.4 a) CP, con la aplicación de la pena prevista para la agresión sexual en su mitad superior, recogiendo con ello todo el desvalor que genera la conducta, sin necesidad de acudir al tipo agravado del art. 180.1.3º CP. En ningún caso de los planteados considero correcta la remisión que realiza la FGE a los arts. 179 y 180.1.3ª CP,

dado que sería de aplicación exclusivamente lo dispuesto en el art. 183 CP. Esto impide que las agresiones sexuales (con o sin penetración) sobre menores de dieciséis años sean consideradas infracciones de máxima gravedad a través del encaje de estos hechos en alguno de los delitos previstos en el art. 10.2 LORPM, a diferencia de lo que ocurría con el CP vigente hasta el año 2010.

Sin embargo, no podemos olvidar que la legislación de menores no sólo permite considerar infracciones de máxima gravedad los hechos previstos expresamente en el art. 10.2 LORPM, sino que también va a tener idéntica calificación cualquier otro delito que tenga señalada una pena de prisión igual o superior a quince años. Por lo tanto, si existiera algún supuesto dentro del art. 183 CP que cumpliera con este requisito podría dar lugar a dicha consideración. En mi opinión, el único supuesto que cumpliría con estas exigencias es el delito de violación (el acceso carnal con violencia o intimidación), con independencia de la edad de la víctima. De este modo, la violación cometida sobre un menor de dieciséis años, tipificada en el art. 183.3 *in fine* CP, llevaría aparejada la pena de doce a quince años de prisión, cumpliendo de este modo los requisitos que exige el art. 10.2 LORPM para calificar el hecho como de máxima gravedad¹¹¹.

Quizás con un breve resumen y un ejemplo puedan observarse mejor los efectos colaterales que progresivamente ha ido generando la reforma del CP en materia sexual sobre la legislación penal de los menores. Quiero señalar que queda al margen del impacto el delito de abuso sexual a menores de edad, dado que antes y después del año 2010, con las sucesivas reformas no ha estado incluido en el listado específico de hechos de máxima gravedad, ni tampoco su pena ha alcanzado las exigencias establecidas en el art. 10.2 LORPM. Igual suerte correría el delito de violación a mayores (de trece o de dieciséis años), ya que aparece regulado en el art. 179 CP. Por el contrario, el delito de agresión sexual a mayores (de trece o de dieciséis años) no integraría dicha categoría, al estar previsto en el art. 178 CP, salvo que concurriera alguna de las agravaciones previstas en el art. 180 CP. La problemática, en mi opinión, se limita a los delitos de agresión sexual y de violación a menores de edad.

Supuesto n° 1: Pensemos en un menor de edad que, con anterioridad a 2010, agrede sexualmente a un menor de trece años. Esta conducta sería calificada como hecho de máxima gravedad, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 10.2 LORPM. ¿Se podría mantener idéntica calificación después de la reforma del año 2010? En mi opinión la respuesta debe ser negativa, dado que a partir de esta fecha la agresión sexual sería calificada a través del art. 183.2 y 3 CP (fuera del listado específico que recoge la LORPM) y en ningún caso la pena alcanza los quince años de prisión, lo que implicaría la no imposición de lo previsto en el art. 10.2 LORPM.

¹¹¹ Téngase en cuenta que la violación cometida sobre un mayor de dieciséis años también sería considerada hecho de máxima gravedad, al estar tipificada en el art. 179 CP.

¿Qué habría ocurrido con la reforma de 2015? La situación, a mi juicio, sería siendo la misma, no encajando dicha conducta en el grupo de los hechos de máxima gravedad. Por lo tanto, ya con la reforma del año 2010 las agresiones sexuales a menores de edad habrían dejado de integrar esta categoría, en contra de lo que sostiene la FGE.

Supuesto n° 2: Pensemos en un menor de edad que, con anterioridad a 2010, viola a un menor de trece años. Al igual que el supuesto anterior, esta conducta sería calificada como hecho de máxima gravedad dado que estaría regulada en el art. 180.1.3° CP, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 10.2 LORPM. En el año 2010, la fuga de este delito al art. 183 CP, perpetuada con la reforma de 2015, impediría seguir considerando este hecho como de máxima gravedad utilizando el criterio formal de la ausencia de mención específica del art. 183 CP en la LORPM. Sin embargo, en este caso la pena prevista alcanza los quince años de prisión. Sería la pena aplicable el único criterio que permitiría continuar sosteniendo que nos encontramos ante un hecho de máxima gravedad, pero no por su referencia al art. 179 CP tal y como sostiene la FGE.

Resta finalmente llevar a cabo una valoración de otros efectos colaterales que se han ido generando en la legislación penal de menores a través de las sucesivas reformas del CP en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Probablemente no fuera necesaria la tipificación expresa de las agresiones y abusos sexuales a menores de trece y de dieciséis años en un capítulo específico, dado que la regulación vigente hasta 2010 resultaba suficiente para proteger la indemnidad sexual frente a posible ataques. Seguramente ni era necesario el aumento de las penas ni tampoco el legislador previó las consecuencias que se derivarían en la LORPM, concretamente la exclusión de las agresiones sexuales a menores de la categoría de las infracciones de máxima gravedad. Hemos visto cómo la reforma de 2015 perpetuó esta consecuencia inesperada para el legislador elevando a los dieciséis años la edad del consentimiento sexual. Una modificación legal en la que difícilmente se pueden hallar criterios de política criminal racionales e impregnada de evidentes tintes moralistas¹¹², que han convertido al Derecho penal en el guardián de la castidad de nuestros menores¹¹³, sin que haya tenido en cuenta la realidad de las prácticas sexuales de la sociedad actual¹¹⁴.

¹¹² V. por ejemplo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”, *Estudios de Derecho Penal Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, 876; TAMARIT SUMALLA, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, 10ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 342.

¹¹³ CUERDA ARNAU, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *RECPC* 19-09, 2017, 2.

¹¹⁴ En este sentido, por lo que se refiere a la necesidad de un mínimo sustento sociológico para acometer la reforma, señala CUERDA ARNAU, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *RECPC* 19-09, 2017, 36, “el legislador se refiere sin citarlos a informes (?) o al común conocimiento (!), según los cuales la edad media en que se mantienen relaciones sexuales entre nuestros jóvenes se

Creo que si bien estamos ante un legislador escaso de criterio político criminal en materia sexual y poco previsor respecto de las consecuencias generadas en la legislación penal de menores, sí que podemos considerar que los efectos colaterales de las reformas, sobre todo la de 2010, han sido positivos valorados desde la perspectiva de las consecuencias aplicadas a los menores infractores. Las previsiones recogidas en los arts. 10.1 b) apartado segundo y 10.2 LORPM son contrarias al principio de flexibilidad que debe motivar cualquier respuesta en el ámbito del Derecho penal de menores, ya que se han orientado hacia un modelo más represivo basado en la seguridad ciudadana.

Por lo tanto, a pesar de que se hayan generado consecuencias no previstas y que van en contra de lo que deben ser las líneas programáticas de una política criminal mínimamente definida, es cierto que los efectos colaterales de las reformas del CP han contribuido a flexibilizar la respuesta penal frente a algunas conductas de los menores infractores por la vía del hecho. No se puede olvidar que el carácter obligatorio en la imposición de medidas tan gravosas para el interés del menor rompe con los principios que en su origen inspiraron la creación de la LORPM y que, de alguna manera, a través de las reformas del CP, permiten sin pretenderlo que el delito de agresión sexual en menores abandone la categoría de infracciones de máxima gravedad, lo que desde mi punto de vista no merece sino una valoración positiva.

Ojalá estas valoraciones positivas hubieran venido precedidas por la eliminación en la LORPM de las categorías de extrema gravedad o de máxima gravedad, pero lamentablemente no ha sido el caso.

5.3. *La delimitación de las infracciones de extrema gravedad (art. 10.1.b) apartado segundo LORPM)*

Analizadas las repercusiones generadas por las reformas del CP en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a menores, resta ahora determinar cuáles han sido sus consecuencias por lo que respecta a la posible calificación de las conductas como infracciones de *extrema gravedad* (art. 10.1 b) apartado segundo LORPM).

Comenzaré señalando que, en comparación con la delimitación de las infracciones de máxima gravedad, existen mayores dificultades para perfilar el contenido de las infracciones de extrema gravedad. Así, se debe tener presente que el legislador vincula la consideración de infracciones de extrema gravedad a la existencia de dos presupuestos: en primer lugar a la realización de los hechos previstos en el art. 9.2

sitúa alrededor de los dieciséis años. Un legislador responsable debiera haber certificado el dato y conocer con más detalle las actitudes y pautas sexuales de nuestros adolescentes, cerciorándose del porcentaje de jóvenes que se inician a esa edad antes de decidir si era preciso elevarlo tanto y si tampoco en este aspecto existían otras alternativas, conclusión, por cierto, que la Memoria de impacto rechaza con carácter general”.

LORPM, es decir, a la existencia de un delito grave, de un delito menos grave pero en cuya ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado riesgo para la vida o integridad física de las personas o, finalmente, se haya cometido el hecho perteneciendo o actuando el menor al servicio de una banda, organización o asociación, aun de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades. En segundo lugar se exige que el autor sea un menor que tenga dieciséis o diecisiete años. La LORPM no determina claramente cuáles son los supuestos que pueden calificarse como de extrema gravedad aunque sí considera que, en todos los casos, se entenderán siempre como tales aquellos en los que se apreciara reincidencia. Esta vaguedad en la redacción multiplica los efectos asociados a la categoría de las infracciones de máxima gravedad, pues el art. 10.1.b) LORPM establece, siempre y cuando el autor tenga dieciséis o diecisiete años, la *obligación de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años*, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta un máximo de cinco años, sin que pueda ser modificada o sustituida al menos hasta que haya transcurrido un año de cumplimiento efectivo del internamiento, lo que choca palmariamente con el principio de flexibilidad.

Dadas las numerosísimas críticas formuladas por parte de la doctrina a esta indefinición¹¹⁵ (no sólo por considerar de extrema gravedad los casos de reincidencia que no tienen materialmente por qué serlo, sino también porque permite incluir situaciones dentro de la extrema gravedad que no tienen por qué referirse a la reincidencia), en las Jornadas de Fiscales de Menores celebradas en 2015 se perfiló cuál debería ser el concepto jurídico de extrema gravedad, fuera de los supuestos de reincidencia. Así se concluyó que las conductas recogidas en el art. 9.2 LORPM cometidas por mayores de dieciséis años podrán calificarse de extrema gravedad cuando, sin concurrir reincidencia, se entienda que merecen un especial reproche que no se colme con las posibilidad de ampliar la duración de las medidas según lo dispuesto en el art. 10.1 b) primer apartado LORPM.

Así, a modo de ejemplo, a juicio de la FGE pueden considerarse como conductas más frecuentes en la práctica que merezcan este especial reproche las siguientes: 1º) Los delitos de robo con violencia o intimidación en los que medie una especial virulencia, singularmente si concurren con otros tipos delictivos (agresiones sexuales del art. 178 CP, detención ilegal del art. 163 CP); 2º) Determinados supuestos de agresiones sexuales previstos en el art. 178 CP por la reiteración en la conducta u otras circunstancias que concurren, aun cuando no encajen en el art. 180 CP; 3º)

¹¹⁵ V. entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 10”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 203; GÓMEZ RIVERO, “Comentario al artículo 10”, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 152 ss.; OLAIZOLA NOGALES, La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?, *RP* 31, 2013, 211.

Determinadas modalidades del delito de detenciones ilegales o secuestros¹¹⁶ (arts. 163 y ss. CP); 4º) Determinadas conductas que encajen dentro del delito de lesiones (art. 148 CP) especialmente si son perpetradas por bandas juveniles organizadas; 5º) Los delitos de lesiones previstos en los arts. 149 y 150 CP y 6º) Los delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causen grave daño a la salud cuando la cantidad objeto de tráfico es de notoria importancia (art. 369.1.5ª CP). Se excluye de la categoría de extrema gravedad el delito de robo con violencia o intimidación salvo que concurra alguna de las circunstancias referidas con anterioridad, procediendo a aplicar lo previsto en el art. 10.1 b) primer apartado, garantizando de este modo a juicio de la FGE la flexibilidad en la ejecución de la medida.

Evidentemente, la FGE ha utilizado el criterio de la gravedad del delito cometido para ampliar el concepto de extrema gravedad. Se eliminan con ello otras posibles interpretaciones que se han ofrecido por parte de la doctrina, vinculadas por ejemplo al peligro de fuga¹¹⁷ o a la generación de una situación de riesgo para el propio menor que aconseje la separación de su entorno¹¹⁸. Pero además, lo que en mi opinión resulta más preocupante es la selección de estos delitos bajo el argumento de que se trata de conductas que merecen un *especial reproche* que no se colma con las posibilidad de ampliar la duración de las medidas según lo dispuesto en el art. 10.1 b) primer apartado LORPM. Creo que la utilización de premisas vinculadas con el concepto de reprochabilidad desdibuja lo que debe ser la respuesta penal frente a la comisión de ilícitos por parte de los menores. Es cierto que la reprochabilidad es un término que aparece en algunos preceptos de la LORPM¹¹⁹, pero también lo es que generalmente en la legislación penal del menor aparece vinculado al carácter de “suficiente reproche” como criterio, por ejemplo, para dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra (art. 13.1 LORPM) para desistir de la continuación de la tramitación del expediente (art. 27.4 LORPM) o para dejar sin efecto la medida impuesta cuando se ha producido una conciliación del menor con la víctima (art. 51.3 LORPM). Es decir, el concepto de reproche *introducido por el legislador penal* opera como criterio para minimizar o frenar la intervención judicial en el conflicto generado por el menor. Es decir, como con lo actuado ya existe “suficiente reproche” no se continúa en la tramitación del expediente o se deja sin efecto, se reduce o se sustituye la medida por otra, en un

¹¹⁶ Siendo considerados supuestos de máxima gravedad, según lo previsto en el art. 10.2 LORPM, si la pena es igual o superior a quince años.

¹¹⁷ BOLDOVA PASAMAR, “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 107 ss.

¹¹⁸ OLAIZOLA NOGALES, “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?”, *RP 31*, 2013, 211.

¹¹⁹ Así, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, 483, concretamente por lo que respecta los arts. 13.1, 23.1, 27.4, 50.3 y 51.3 LORPM.

reflejo claro del principio de mínima intervención y de interés del menor. En cambio, el criterio del reproche que *utiliza la FGE* revierte la interpretación que quiso dar al concepto el legislador penal. Porque ya no alude al “suficiente reproche”, sino que lo sustituye por “especial reproche”. Al margen de la indefinición que presenta el calificativo de “especial”, la FGE considera que el especial reproche que merecen estas conductas no se constituye como límite, sino que es el presupuesto para justificar una respuesta penal muchísimo más incisiva a través de la consideración de los hechos como de extrema gravedad con las implicaciones gravosas que ello conlleva. El reproche deja de ser el límite que frena la intervención penal en el Derecho penal de menores para convertirse en el presupuesto de la misma, vinculado no con el interés del menor sino con la gravedad del hecho. Creo que esta interpretación, una vez más, no es compatible con esa finalidad sancionadora educativa orientada hacia finalidades preventivo-especiales que pretendió originariamente la LORPM.

Por lo que respecta al impacto que puede tener la reforma del CP en el ámbito de los hechos de extrema gravedad creo que se puede concretar en dos aspectos diferenciados. El primero de ellos es el derivado de la nueva categoría de delito leve, concretamente por la regulación establecida en el art. 13.4 CP. Desde la reforma del CP existen conductas que ya no son consideradas delitos menos graves, sino leves y que, incluso realizadas con violencia o intimidación o generando grave riesgo para la vida o integridad físicas de las personas sin que el menor los haya cometido perteneciendo o estando al servicio de un banda, implicarán que ya no sean consideradas de extrema gravedad (principalmente porque ya no serán considerados delitos menos graves). Eso significará la desaparición de la obligación de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, sino que dependerá de la decisión del Juez de Menores con una duración máxima de seis años.

La otra consecuencia está relacionada con la obligación de calificar como hechos de extrema gravedad cuando se aprecie reincidencia¹²⁰. A efectos de interpre-

¹²⁰ No puede obviarse que los problemas prácticos que plantea la reincidencia en el procedimiento de menores son evidentes. En primer lugar, la posible apreciación de la reincidencia para calificar un hecho como de extrema gravedad no consta entre los fines para los que pueden ser utilizados los datos del Registro de sentencias (DA 3ª). Sin embargo, tal y como establece la Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores “sí se menciona expresamente el art. 30, en el que se recoge la elaboración por el Fiscal del escrito de alegaciones, en el que constará una «breve reseña de las circunstancias personales y sociales del menor». En una interpretación sistemática de todas estas disposiciones, no parece que exista problema alguno para que el Fiscal pueda acudir al Registro con el fin de reflejar en su escrito de alegaciones, como circunstancia personal y social del menor, la existencia de condenas anteriores, y que la apreciación de esta circunstancia pueda conducir al Juez a valorar el hecho como de extrema gravedad”. Además, el segundo problema parte de la inexistencia de normas sobre la cancelación de antecedentes penales. Sin embargo, en aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, será de aplicación lo dispuesto en el art. 137, según el cual “las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto (...) en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida», sin plazos adicionales”. En este sentido, v. Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a

tar el término reincidencia se acude a lo dispuesto en el art. 22.8 CP¹²¹ que regula esta agravante genérica¹²². Para apreciar la reincidencia el culpable, al cometer el delito, ha de haber sido ya condenado en sentencia firme por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que ambos delitos sean de la misma naturaleza. Del mismo modo, con motivo de la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, en el propio precepto se establece que los antecedentes penales generados por la comisión de un delito leve no serán computables a efectos de reincidencia. Esta apreciación es importante, dado que a diferencia de las antiguas faltas que no generaban antecedentes penales, los nuevos delitos leves sí que lo hacen, a pesar de que no se computarán para la aplicación de la agravante de reincidencia.

Regresando de nuevo a la regulación de los delitos leves según lo establecido en el art. 13.4 CP se puede concluir que conductas idénticas que con anterioridad a la reforma eran calificadas como delito menos grave, a partir de la misma son consideradas delito leve. El interrogante que se plantea es si se debe estimar la reincidencia cuando, por ejemplo tras la reforma de 2015, el menor comete el mismo hecho delictivo por el que fue condenado con anterioridad a esta fecha pero ahora es considerado delito leve. Creo que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (art. 2.2 CP). Como he señalado con anterioridad, la nueva redacción del art. 13.4 CP implicó considerar novedosamente que en aquellos casos en los que la pena pueda considerarse como leve y como menos grave el delito se considerará en todo caso como leve, lo que supone una valoración mucho más favorable que la realizada en la redacción anterior, ya que no expresamente no manifestaba nada al respecto. Por lo que respecta al alcance de dicha retroactividad considero que éste debe ser amplio. Teniendo en cuenta el tenor literal del art. 2.2 CP no lo impide y que el antiguo delito menos grave ha pasado a ser considerado actualmente un delito leve, no parece lógico que la condena anterior por delito menos grave siga teniendo efectos por lo que respecta a la aplicación de la reincidencia.

Sí que tendrá mayor incidencia real la comisión a partir de 2015 de los delitos leves en aplicación de lo dispuesto en el art. 13.4 CP. A partir de esta fecha la comisión reiterada de delitos leves (antes calificados como menos graves) incluso

los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

¹²¹ Art. 22.8º CP: “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”.

¹²² Así, Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores; OLAIZOLA NOGALES, “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?”, *RP* 31, 2013, 212.

realizados con violencia o intimidación o generando grave riesgo para la vida o integridad físicas de las personas, sin que el menor los haya cometido perteneciendo o estando al servicio de un banda ya no podrán ser calificados como hechos de extrema gravedad, precisamente al excluirse la posibilidad de reincidencia en los delitos leves.

Cualquier impacto de la reforma del CP en la legislación penal de menores que suponga, como es el caso, limitar la aplicación de la categoría de infracciones de extrema gravedad y de sus implicaciones, merece en mi opinión una valoración positiva. Eliminar el carácter obligatorio en la imposición de una medida tan restrictiva como puede ser el internamiento en régimen cerrado y reducir su duración, dejándolo a criterio del Juez de Menores en aplicación del interés del menor, supone un acercamiento a esa deseable flexibilidad que debe inspirar tanto la adopción como la ejecución de las medidas frente a la comisión de ilícitos penales por parte de menores.

6. Valoración final

1. Como se ha pretendido exponer a lo largo de todo este trabajo, algunas de las reformas introducidas en el CP con motivo de la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo han tenido un impacto evidente en la legislación de menores. Como ya indiqué al comienzo nos hallamos ante la paradoja de, sin modificación de la LORPM y con una reforma del CP muy cuestionada en atención a los criterios políticocriminales utilizados, encontrar supuestos que van a recibir un tratamiento penal muchísimo más acorde con los principios que en el año 2000 inspiraron la redacción de la LORPM. Feijoo Sánchez señaló en su día que con las sucesivas reformas a la LORPM el legislador pretendió “atarle más las manos” a los órganos jurisdiccionales de menores¹²³. Probablemente con la reforma del CP 2015 nos encontremos ante un escenario en donde se han empezado a “aflojar ciertos nudos”, pero no precisamente porque el legislador lo haya pretendido.

Así, desde el punto de vista del principio de intervención mínima, la despenalización de algunas de las antiguas faltas ha permitido excluir la aplicación de la LORPM a supuestos que anterioridad de 2015 eran de su competencia. Igualmente, la presencia casi simbólica de la pena de localización permanente en el CP ha tenido como consecuencia la imposibilidad de imponer una medida privativa de libertad ante la comisión de la mayoría de los delitos leves.

Igualmente la reforma del CP de 2015, principalmente con la creación de la nueva figura del delito leve en aplicación del art. 13.4 CP, ha permitido aumentar las posibilidades de acordar el desistimiento de la incoación del procedimiento frente a

¹²³ FEIJOO SÁNCHEZ, “Comentario a la Exposición de Motivos”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 53.

la comisión de ilícitos penales por menores que, con anterioridad a esta fecha, estaban excluidos de dicha eventualidad. Esto en la práctica supone mayores oportunidades para implementar el propósito desjudicializador si el superior interés del menor así lo aconseja. Finalmente, la introducción de la prisión permanente revisable en el CP permite plantear la duda de si se pueden mantener intactos los supuestos que la LORPM califica como hechos de máxima gravedad. En parecido sentido, la regulación autónoma del delito de abuso y agresión sexual a menores (reformado ya en el año 2010) supone un obstáculo para seguir sosteniendo que las agresiones sexuales a menores de edad son calificadas igualmente como hechos de máxima gravedad. Esto permite reducir, en mi opinión, los supuestos en los que se obliga al Juez de Menores a imponer unas medidas de una duración exorbitada, carentes de cualquier finalidad educativa y que son un claro exponente del denominado Derecho penal de la seguridad. De esta manera, aunque sea mínimamente, se sustraen infracciones penales de la categoría de máxima gravedad y se permite en mayor medida hacer realidad el principio de flexibilidad.

Como he venido sosteniendo a lo largo de esta investigación, considero que todos estos impactos son positivos. Pero se debe tener presente que el efecto de destensar o relajar algunos ámbitos del Derecho penal de menores que ha generado la reforma de 2015 no ha venido precedido ni por una modificación racional del CP de adultos que hubiera repercutido positivamente en la LORPM, ni evidentemente por un cambio en la redacción de esta última que hubiera sido lo deseable. La reforma del CP se ha caracterizado por ser enormemente punitivista, marcadamente populista, electoralmente oportunista y huérfana de un mínimo consenso. Por otro lado, el legislador no ha virado lo más mínimo la deriva de su política criminal en materia de justicia juvenil. Los efectos positivos, por lo tanto, sólo pueden ser atribuidos a una especie de “juego de carambolas” y casi con toda seguridad han sido auténticos imprevistos para el legislador. Como concluiré en el punto siguiente, abandonar la respuesta jurídico penal a una suerte de casualidades diagnostica el estado deplorable de la función legislativa, especialmente inquietante cuando se trata de menores infractores.

2. La segunda cuestión a la que se debe dar respuesta es la relativa a si es posible, de alguna forma, evitar que las reformas efectuadas en el CP impacten en el Derecho penal de menores. Como he señalado con anterioridad, creo que la reforma de 2015 mayormente ha repercutido de forma positiva en la interpretación y aplicación de la LORPM. Esta vez parece que las modificaciones realizadas en el CP han contribuido a recuperar, aunque sea mínimamente, parte de los principios inspiradores de la legislación penal de menores que se habían ido decolorando tras las sucesivas reformas. Quizás la próxima vez nos encontremos ante un panorama diferente en donde, si se continúa con lo que parece ser la tendencia punitivista iniciada a partir del año 2003, las consecuencias aplicables para el Derecho penal

de menores adquieran perfiles similares. O no, quién sabe. Considero que una política criminal mínimamente seria debe adecuar sus instrumentos hacia la búsqueda de objetivos que permitan la consecución de fines preventivos y que, en ningún caso, puede quedar al albur de imprevisiones.

Ante esta situación, parece que la eliminación de cualquier riesgo de impacto entre el Derecho penal de adultos y el de menores apunta la necesidad de regular de forma absolutamente independiente ambos ámbitos, eliminando de este modo el carácter supletorio que tiene el CP respecto de la LORPM. No es novedoso el debate relativo a la necesidad de elaborar un Código Penal para menores¹²⁴ que, o bien extienda su influencia a delitos específicos cometidos por éstos o bien elimine de su ámbito de aplicación los comportamientos que, al no resultar graves, pueden ser tratados a través de otros mecanismos menos lesivos que los ofrecidos por el Derecho penal¹²⁵. Efectivamente, como se ha señalado, no todos los tipos delictivos son susceptibles de ser cometidos por los menores, dado que la tipología criminal se limita a conductas delictivas muy concretas, por lo que parecería viable la creación de un catálogo de infracciones en idéntico sentido al establecido respecto a las medidas¹²⁶, a pesar de su dificultad y del riesgo de dejar fuera del mismo algunas conductas¹²⁷. Parece además que, siguiendo la tendencia de países próximos, la interpretación de los principios de interés superior del menor, finalidad educativa y principio de prevención especial aconsejaría desalojar las conductas menos lesivas de esta esfera¹²⁸. Coincido cuando se señala que el castigo de estas conductas de escasa entidad social no responde tanto a criterios de educación o de prevención especial, sino más bien a postulados propios de la prevención general y de retribución¹²⁹. Como solución se plantea extraer de la influencia del Derecho penal de menores esta clase de comportamientos, atendiendo al principio de intervención mínima y *ultima ratio*, debiendo acudir a otros medios menos lesivos para los menores.

Sin embargo, si bien comparto que teóricamente esto debería ser así, creo que la viabilidad y eficacia de cualquier planteamiento alternativo debe medirse en el

¹²⁴ En contra, DOLZ LAGO, *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2007, 100 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *RECPC 17-19*, 2015, 32.

¹²⁵ V. ampliamente, GARCÍA PÉREZ, “Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico”, *RDP Crim 3*, 1999, 73 s.; TAMARIT SUMALLA, “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 34 ss.; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 25 ss.

¹²⁶ PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 26 s.

¹²⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *RECPC 17-19*, 2015, 32. Plantea esta autora como ulterior argumento el hecho de que el sistema actual no deja ningún espacio para la impunidad con independencia de la infracción cometida. En mi opinión, es muy discutible la legitimación de la intervención penal en el ámbito de los menores a través del argumento de la impunidad de las conductas.

¹²⁸ PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 29.

¹²⁹ *IBIDEM*, 30.

contexto en el que se produce, más aún cuando estamos diseñando cómo y desde dónde se debe producir la respuesta ante conductas llevadas a cabo por menores. Unos comportamientos que si bien son leves, sí que tienen cierta relevancia. Creo que hay que hay que asumir cierta cautela ante la opción de crear un catálogo específico de delitos, excluyendo del mismo las conductas más leves remitiendo su tratamiento a mecanismos menos lesivos que los ofrecidos por el Derecho penal. No sólo por la dificultad que esto entraña, sino fundamentalmente porque el análisis de la situación *real* no nos permite ser muy halagüeños respecto del destino que se les vaya a dar a esos injustos bagatela. No me cabe ninguna duda que sería el ámbito administrativo-sancionador el primer candidato para acoger la regulación de estas conductas. Esta posibilidad no me parece deseable teniendo en cuenta la evidente deriva en la que se encuentra la política legislativa (también) en materia administrativa y el hecho de que nos encontremos ante unos destinatarios especialmente sensibles como son los menores. Reconducir este tipo de sanciones al ámbito administrativo podría implicar aumentar el poder sancionador de la Administración, basado en el principio de autotutela, un incremento escondido de la represión y, fundamentalmente, una reducción de las especiales garantías (aunque cada vez sean menores), que nos ofrece el proceso penal frente a cualquier otro¹³⁰. Además, considero que es importante no olvidar, como mencionaré más adelante, que no siempre que se cometa un delito debe intervenir la justicia de menores o que necesariamente haya de adoptarse una medida sancionadora con respecto al mismo¹³¹.

Creo, por lo tanto, que debe mantenerse la accesoriedad del CP por lo que respecta a la regulación de las posibles conductas cometidas por los menores. Debe ser, por lo tanto, el Derecho penal de menores el que ofrezca una respuesta satisfactoria ante la comisión de este tipo de hechos, lo que no significa que sea *cualquier* Derecho penal de menores ni el *vigente* Derecho penal de menores, tan huérfano de los valores y principios que tan magníficamente inspiraron la creación de la LORPM.

Esta accesoriedad no implicará eliminar totalmente los posibles impactos de la reforma del Derecho penal de adultos, pero sí creo que pueden establecerse mecanismos para minimizarlo. En primer lugar, creo que esa accesoriedad debe ser reducida al mínimo, ya cuanto menor conexión exista entre ambas legislaciones menores serán las posibilidades de contaminación entre modelos de respuesta ante el delito, absolutamente distintos y con una finalidad radicalmente opuesta. Tras casi veinte años de vigencia de la LORPM tenemos que ser capaces de detectar

¹³⁰ Quizá la instauración de un nuevo modelo de Derecho administrativo para los menores (evidentemente despojado del calificativo de sancionador), presidido por una finalidad educativa, inspirado igualmente en los procedimientos de *diversion*, con un establecimiento de medidas especiales en las que prime la flexibilidad tanto en la elección y la ejecución de la misma podría ser una buena alternativa, pero quizás incluso este modelo supondría una pérdida de garantías para el menor que para mí son irrenunciables.

¹³¹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 15.

cuáles son esos puntos de fricción que, por ejemplo, debido a la especial naturaleza del procedimiento de menores (caso de la prescripción como asignatura pendiente), merecen un tratamiento específico y autónomo en la legislación penal de menores. Quizás el punto de partida sea escuchar a los diversos operadores jurídicos y especialistas que, desde hace mucho tiempo, vienen reclamando con urgencia una solución a esta problemática. Por lo tanto, creo que es defendible la existencia de una mínima accesoriedad del Derecho penal de adultos con relación al de menores, sin olvidar que el mantenimiento del principio de proporcionalidad es un elemento conector irrenunciable (art. 8 LORPM). Evidentemente, la mera alusión a dicho principio no evitará sin más los impactos indeseables que la reforma del CP de adultos pueda tener sobre la legislación de menores, pero al menos implicará no tratar más gravosamente al menor que adulto por la comisión de hechos idénticos.

Considero indispensable, en segundo lugar, la recuperación en la legislación penal de menores de todos los principios que inspiraron la redacción primigenia de la LORPM en el año 2000. Si bien en ningún momento el legislador tras las sucesivas reformas ha obviado que esta ley es formalmente penal, igualmente se le debe exigir que recuerde que materialmente su respuesta debe ser *educativo-sancionadora*. Como señalaba al principio de este estudio, la responsabilidad diferente del menor que justifica la existencia de una respuesta diferente exige que ésta última se lleve a cabo en función de las necesidades de cada menor. Por ello es necesario que el criterio del *interés del menor* vuelva a ser el auténtico inspirador no sólo en el ámbito procedimental, sino también en el contenido material de este modelo de responsabilidad que asume la LORPM. La *flexibilidad*, por lo tanto, resulta clave en todo este proceso orientado necesariamente hacia una *finalidad preventivo especial*. Sostengo, por lo tanto, la necesidad de seguir utilizando las técnicas de *desjudicialización* establecidas que permitan o bien no entrar o salir del sistema en aquellos casos en los que se entienda que la intervención judicial pueda ser contraproducente para el proceso de socialización del menor. Igualmente se debe garantizar, sin cortapisas, idéntica flexibilidad tanto en la elección como en la ejecución de la medida impuesta, limitando en la medida de lo posible el aislamiento del menor de su medio natural. El respeto al principio de *intervención mínima* junto a esto implica, sin lugar a dudas, la restricción de la posibilidad de imponer internamientos en los supuestos en los que sea estrictamente necesario, porque el interés del menor así lo aconseje.

La recuperación real de todos estos principios, desdibujados como consecuencia de las diversas reformas, contribuirá en mi opinión a minimizar los posibles impactos que hipotéticas modificaciones del CP puedan tener sobre un ámbito tan sensible como es el Derecho penal de menores. Por ello resulta absolutamente indispensable, en primer lugar, la eliminación de automatismos perniciosos que vinculen la aplicación de la LORPM con lo establecido en el CP de adultos, como es el caso de

las infracciones de máxima gravedad recogidas en el art. 10.2 LORPM. En otros supuestos sí que parece necesario mantener ciertas vinculaciones con estructuras establecidas en el CP de adultos, como puede ser la remisión a la categoría de las infracciones penales, por ejemplo, para acordar un desistimiento o limitar la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado. Inevitablemente, la modificación del CP en este ámbito tendrá su efecto en la LORPM pero considero que podrá minimizarse, en segundo lugar, eliminando cualquier referencia a la obligatoriedad, bien en la elección de la medida, en su imposición o en su duración. Los efectos colaterales que van a producirse en la legislación de menores sólo pueden contrarrestarse si se “desatan completamente” los lazos que todavía anudan las manos de los órganos jurisdiccionales de menores. Podrá cambiar nuevamente la configuración del delito leve, podrán eliminarse (o desafortunadamente ampliarse) los delitos castigados con pena de prisión permanente revisable o podrá formalmente modificarse el articulado del CP. El impacto que esto genere podrá reducirse sólo si la LORPM otorga instrumentos que permitan, desde la flexibilidad, ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades de cada menor infractor.

Por mucho que se acometan diversas reformas en el CP de adultos, el mantenimiento de esta serie de principios, con la consiguiente eliminación de automatismos y parámetros de obligado cumplimiento para el Juez de Menores, blindará a la legislación penal de menores ante los posibles impactos que obstaculicen la finalidad educativo sancionadora de la respuesta que se debe ofrecer. Por mucho que la reforma del CP haya supuesto un tímido retorno por la vía del hecho a lo que debe ser la legislación penal de menores, es absolutamente preferible y perentorio abordar una reforma profunda de la LORPM recuperando los criterios que primigeniamente la inspiraron. Así, la respuesta estatal que debe construirse no puede quedar al albur de la suerte o de la fatalidad. Porque esto no es tolerable si asumimos la necesidad de establecer una política criminal eficaz para evitar la reiteración de comportamientos de este tipo y, fundamentalmente, porque no lo merecen nuestros menores.

Bibliografía

- ABEL SOUTO, M.: “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *Estudios de Política Criminal* 24, 202, 7-57.
- ABEL SOUTO, M.: “Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000”, en *Actualidad Penal* 43, 2003, 1071-1099.
- BARQUÍN SANZ, J./ CANO PAÑOS, M.A.: “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 18, 2006, 37-95.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.: “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre”, en JORGE

- BARREIRO/ FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 93-115.
- BUENO ARÚS, F.: “La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, en *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 285-338.
- CANO PAÑOS, M.A.: “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-13, 2011, 1-55.
- CERVELLO DONDERIS, V./ COLÁS TURÉGANO, A.: *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.
- COLÁS TURÉGANO, A.: *Derecho penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Comentario al artículo 13 del CP”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 81-83.
- CRUZ MÁRQUEZ, B.: *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor”, en *Revista Penal* 22, 2008, 22-32.
- CUERDA ARNAU, M.L.: “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-09, 2017, 1-45.
- CUGAT MAURI, M.: “Consecuencias penales de la supresión del Libro III”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 225-239.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación”, en *La Ley Penal* 36, 2007, 48-68.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M.: “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”, en BACIGALUPO SAGESSE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, 871-893.
- DOLZ LAGO, M.J.: *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.: “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, en BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho penal de menores a debate*, Dykinson, Madrid, 2010, 79-122.
- FARALDO CABANA, P.: “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, en *Indret* 3, 2014, 1-31.

- FARALDO CABANA, P.: “Consecuencias inesperadas de la conversión de las faltas en delitos leves”, en LANDA GOROSTIZA (dir.), GARRO CARRERA/ORTUBAY FUENTES (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, 225-246.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Comentario a la Exposición de Motivos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 42-58.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Comentario al artículo 9”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 186-199.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Comentario al artículo 10”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 199-213.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Supresión de las faltas y creación de delitos leves”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.) MATALLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 45-81.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E.: *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, en *Indret* 4, 2012, 1-43.
- GALLEGU SOLER, J.I.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 427-453.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, 1999, 33-76.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “La reforma de 2006 de la Ley de Responsabilidad penal de los menores: La introducción del modelo de seguridad ciudadana”, en JORGE BARREIRO/ FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 23-55.
- GARCÍA RIVAS, N.: “Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN CABEZA OLMEDA/VENTURA PUSCHEL (coords.), *Derecho Penal Español Parte Especial Tomo I*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 578-623.
- GÓMEZ RIVERO, M.C.: “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal* 9, 2002, 3-26.
- GÓMEZ RIVERO, M.C.: “Comentario al artículo 9”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 133-144.
- GÓMEZ RIVERO, M.C.: “Comentario al artículo 10”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, Madrid, 2007, 144-157.
- GONZÁLES RUS, J.J.: “Secuelas «colaterales» no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *La Ley* 8553, 2015, 1-6.

- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GUTIÉRREZ I ALBENTOSA, J.M.: *El principio de legalidad en la jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 2016.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J./RAMÍREZ ORTIZ, J.L.: “Las consecuencias procesales de la reforma”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 241-289.
- JERICÓ OJER, L.: “La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado principio de proporcionalidad) en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento del menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?”, en *Revista Penal* 31, 2013, 140-160.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-19, 2015, 1-36.
- LANDROVE DÍAZ, G: *Introducción al Derecho Penal de menores*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MORENILLA ALLARD, P.: “Comentario al artículo 1”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, 2007, 39-66.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, 9ª edición revisada y puesta al día conforme a las LO 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO GARCÍA, L.C.: “La Ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, en *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 15-38.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: “La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho Penal de la Seguridad?”, en *Revista Penal* 31, 2013, 191-220.
- ORDUÑA NAVARRO, B.: “Los delitos leves tras la reforma introducida en el Código Penal por LO 1/2015”, en *La Ley* 8631, 2015, 1292-1297.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R.: “Pasado y presente de la aplicación de la Ley Penal del Menor, en JORGE BARREIRO/ FEIJOO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*”, Atelier, Barcelona, 2008, 57-66.
- PÉREZ MACHÍO, A.I.: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, LO 8/2006, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- POZUELO PÉREZ, L.: “Comentario al artículo 18”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 267-273.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, La Ley Wolter Kluwer, 2012, 281-299.

- RODRÍGUEZ TIRADO, A.M.: “Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio”, en *Revista General de Derecho Procesal* 38, 2016, 1-27.
- SALOM ESCRIVÁ, J.S.: “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, en GONZÁLEZ CUSSAC/ TAMARIT SUMALLA/ GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 221-261.
- SAN MARTÍN LARRINOA, B.: “Experiencias prácticas en la ejecución judicial de medidas en medio abierto de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en PANTOJA GARCÍA (dir.), *La Ley de Responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2005, 111-128.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “El sistema de medidas en la Ley Penal del Menor y las alternativas al proceso”, en Jorge Barreiro/ Feijoo Sánchez (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2008, 67-91.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: “Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves: Comentarios a la DA 2ª de la LO 1/2015, de Reforma del Código Penal”, en *Revista General de Derecho Procesal* 37, 2015, 1-21.
- SANZ HERMIDA, A.: “Comentario al artículo 18”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, 2007, 205-210.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.) MATELLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 602-620.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores”, en GONZÁLEZ CUSSAC/ TAMARIT SUMALLA/ GÓMEZ COLOMER (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 13-46.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 421-433.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 338-352.
- TORRES FERNÁNDEZ, E.: “La desjudicialización como respuesta a la delincuencia de menores de edad”, en *Cuadernos de Política Criminal* 79, 2003, 79-107.
- VALBUENA GARCÍA, E.: “Una paulatina desnaturalización de la Ley Penal del Menor”, en *Foro* 7, 2008, 119-131.